

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –  
*CAMPUS* SANTO ANGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

Ângela Simone Pires Keitel

**MOVIMENTO(S) HOMOSSEXUAL (IS): a luta do homossexual no  
Brasil**

SANTO ÂNGELO

2010

Ângela Simone Pires Keitel

**MOVIMENTO(S) HOMOSSEXUAL (IS): a luta do homossexual no  
Brasil**

Dissertação de Mestrado em Direito para  
obtenção do título de Mestre em Direito,  
Universidade Regional Integrada do Alto  
Uruguai e das Missões – URI – Campus  
de Santo Ângelo, Departamento de  
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de  
Pós-Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Lívio Osvaldo Arenhart

SANTO ANGELO

2010

ÂNGELA SIMONE PIRES KEITEL

MOVIMENTO(S) HOMOSSEXUAL (IS): a luta do homossexual pelo reconhecimento no Brasil

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo, ou II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Data da aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Prof. Dr. Lívio Osvaldo Arenhart  
Orientador

---

Prof. Dr<sup>a</sup>. Rosangela Angelin

---

Prof. Dr. Roger Raupp Rios

Santo Ângelo 31 de agosto de 2010.

Para *Anita*, presente do presente.

## **AGRADECIMENTO**

Quero, pois iniciar agradecendo ao Daniel, meu marido, que acompanhando todos os passos desse meu processo, deu-me o incentivo que muitas vezes necessitei, além de coragem, equilíbrio, partilhando sentimentos, vivências, horas difíceis ou alegres, solidificando nossa relação e trazendo amadurecimento à minha vida.

Aos meus familiares que acompanharam minha jornada desde o início, incentivando sempre.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Lívio Osvaldo Arenhart, com muita paciência e sabedoria soube guiar-me na hora certa, por suas reflexões sobre a temática e disponibilidade para a discussão.

Agradeço, também, a todos dos professores do curso, pelo encaminhamento e pelos conhecimentos transmitidos.

Ao participante da banca de qualificação, Prof. Dr. João Martins Bertaso, cujos comentários e sugestões foram de grande valia para minhas reflexões finais.

Aos meus colegas de mestrado que de uma forma ou de outra contribuíram para a construção deste trabalho. Em especial ao colega Fernando Martins Ferreira que durante as viagens para Santo Ângelo me proporcionou momentos de descontração e “boas risadas”, bem como pela amizade demonstrada ao longo de nossa convivência tanto em sala de aula quanto fora dela.

Por fim, agradeço à minha mãe, à minha irmã Cíntia pelo apoio em circunstâncias especiais.

*“Amo à maneira dos  
deuses!”*

*“Crês que o amor é o teu  
oposto?”*

*- enganas-te!*

*O verdadeiro amor sou eu, a  
tua semelhante!*

*Não vês uma sombra  
misteriosa desenhada  
nos traços do meu  
rosto?*

*Não sentes os nervos  
vibrando como cordas  
tangidas por mãos  
invisíveis?*

*(“Canções Sáficas: O Amor  
Homossexual Cantado em  
Verso”, em Portinari, 1989)*

## RESUMO

A idéia central deste trabalho é uma pesquisa sobre o movimento homossexual brasileiro na tentativa de compreender os motivos que ensejaram a criação e a manutenção deste movimento social, chamado de homossexual, bem como compreender as demandas que afligem seus atores e, conseqüentemente, identificar de que ordem são suas reivindicações. Seu escopo central é o de avaliar em que medida as ações do movimento homossexual brasileiro interferiram nas decisões judiciais com enfoque em acórdãos recentes de Tribunais brasileiros, em especial o do Rio Grande do Sul. A investigação tem o intuito de possibilitar a avaliação das ações do movimento e com esse intento, procedeu-se a uma reconstrução histórica da trajetória do movimento homossexual brasileiro, bem como no direito estrangeiro, identificando seus atores e suas respectivas demandas. Sendo assim, e a partir desta compreensão torna-se imprescindível elencar os princípios fundamentais e norteadores que toda e qualquer discussão ou julgamento envolvendo os movimentos homossexuais devem considerar: pluralidade de forma de famílias, afetividade, liberdade e, pairando, permeando e sustentando todos eles o macrop princípio da dignidade humana. O movimento foi analisado com base nas questões relativas à sexualidade, especialmente a orientação sexual investigando sua interferência na construção de concepções e de valores basilares da sociedade, como é o caso, por exemplo, da família ou da liberdade sexual. O estudo orientou-se ainda acerca do desdobramento jurisprudencial, especialmente, com enfoque nas decisões que se coadune com os objetivos do Estado moderno, o Estado democrático de direito, protetor e garantidor dos direitos humanos fundamentais e dos direitos e garantias do cidadão.

Palavras-chave: Movimento homossexual. Reconhecimento. Cidadania.

## **ABSTRACT**

The central thought of this paper is a research on the Brazilian homosexual movement in an attempt to understand the reasons which give opportunity the creation and maintenance of this social movement, called homosexual, as well as to understand the demands which afflict its actors and, consequently, to identify what are their demands. Its central scope is to assess what extents the actions of Brazilian homosexual movements interfered in the legal decisions with focus on recent judgments of Brazilian courts, notably of Rio Grande do Sul. The Research has the goal of enabling the assessment of the actions of the movement and with the intent, it was looked for a historical reconstruction of the trajectory of Brazilian homosexual movements, as well as foreign law, identifying its actors and their demands. Thus, from this understanding becomes indispensable to list the fundamental principles and guiding that any discussion or trial involving the homosexual movements must consider: plurality of form of families, affectivity, freedom and, floating, permeating and supporting the macroprinciples of the human dignity. The movement was analyzed on the basis of matters related to sexuality, especially sexual orientation investigating its interference in the construction of concepts and values of society, as is the case, for example, of the family or sexual freedom. The study was yet guided about the deployment law, in particular, focus on decisions that are consistent with the objectives of the modern State, the democratic state of law, protector and assure the fundamental human rights and the rights and guarantees of the citizen.

Keywords: Homosexual Movement. Acknowledgment. Citizenship

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 A LUTA PELO RECONHECIMENTO: A PROCLAMAÇÃO DA IDENTIDADE COMO ALIADA E LIMITADORA DO MOVIMENTO HOMOSSEXUAL .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO MOVIMENTO HOMOSSEXUAL NO BRASIL.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO .....</b>	<b>21</b>
<b>1.3 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL .....</b>	<b>25</b>
<b>1.4 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS E SEUS ATORES .....</b>	<b>37</b>
<b>1.5 CULTURA HOMOSSEXUAL COMO PRODUÇÃO DE DIFERENÇA CULTURAL .....</b>	<b>40</b>
<b>1.6 RECONHECIMENTO A PARTIR DAS DEMANDAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>46</b>
<b>2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO VETORES PARA O RECONHECIMENTO DOS HOMOSSEXUAIS SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>53</b>
<b>2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>63</b>
<b>2.1.1 Dignidade: o vértice do Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>67</b>
<b>2.1.2 A dignidade em Kant.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1.3 Dignidade e Direitos Humanos.....</b>	<b>74</b>
<b>2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....</b>	<b>77</b>
<b>2.2.1 A dogmática do princípio da igualdade.....</b>	<b>78</b>
<b>2.2.2 O princípio da igualdade e a vedação do tratamento discriminatório contra homossexuais .....</b>	<b>84</b>
<b>2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....</b>	<b>89</b>
<b>2.3.1 A liberdade de desenvolvimento à personalidade das pessoas.....</b>	<b>91</b>
<b>2.3.2 Liberdade Sexual .....</b>	<b>93</b>
<b>2.3.3 Defesa da libertada contra “ditadura da maioria” na visão de John Stuart Mill, Hanna Arendt, Ronald Dworkin.....</b>	<b>95</b>
<b>2.4 PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO FAMILIAR.....</b>	<b>99</b>
<b>2.4.1 Famílias plurais .....</b>	<b>102</b>

2.4.2 Famílias conjugais .....	105
2.4.3 Famílias Parentais.....	109
2.4.4 Famílias Homoparentais .....	111
2.4.5 Princípio da Afetividade .....	114
2.4.5.1 Afeto como elemento formador da família .....	114
2.4.5.2 Afetividade como valor e princípio jurídico .....	116
2.4.5.3 Parentalidade afetiva e efetiva .....	118
<b>3 DESDOBRAMENTO JURISPRUDENCIAL DO RECONHECIMENTO DOS HOMOSSEXUAIS PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO RIO GRANDE DO SUL.....</b>	<b>121</b>
3.1 POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA.....	122
3.2 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES EXISTENTES EM NOSSOS TRIBUNAIS	123
3.2.1 Analogia com a chamada União Estável .....	128
3.2.2 Entidade Familiar caracterizada por meio do afeto .....	131
3.2.3 Possibilidade Jurídica do Pedido .....	134
3.2.4 Admissibilidade de Adoção.....	136
3.2.5 Pensão por morte de companheiro homossexual .....	140
3.3 A RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	143
CONCLUSÃO .....	147
REFERÊNCIAS .....	151
ANEXOS.....	159

## INTRODUÇÃO

A elaboração desta dissertação foi motivada pela pretensão em compreender de uma maneira mais aprofundada como um movimento social pode alterar a relação entre indivíduo e Estado e interferir direta e concretamente no exercício da cidadania, bem como os motivos que ensejaram a criação e a manutenção de um determinado movimento social, o homossexual. Compreender ainda, quais os motivos da sua formação, as demandas que afligem seus atores e, conseqüentemente, identificar de que ordem são essas reivindicações, estratégias e articulações utilizadas em sua trajetória, com o intuito de atingir os objetivos a que se propõe.

Sendo assim, a presente dissertação é composta de três capítulos, no primeiro capítulo apresentar-se-á uma singela reconstrução histórica dos movimentos homossexuais no Brasil e no estrangeiro, seus atores, demandas e reivindicações em busca de reconhecimento, visto que embora seja a mais comum entre nós, a família nuclear, monogâmica, heterossexual e com finalidade procriativa, não é a única na nossa sociedade ocidental, composta, atualmente, por outros tipos de família. Depois do advento do divórcio, houve uma multiplicação de novos arranjos familiares permitindo aos indivíduos a construção de novos tipos de alianças, como as famílias de acolhimento, recompostas e monoparentais. É dentro destes novos arranjos que surge a “família homoparental”, propondo um modelo alternativo, no qual o vínculo afetivo se dá entre pessoas do mesmo sexo.

Recusar chamar de “família” esses arranjos e negar a existência de um vínculo intrafamiliar entre os seus membros significa “fixar” a família dentro de um formato único, que não corresponde diversidade de expressões que ela adotou nas sociedades contemporâneas. Entretanto, essa nova configuração familiar parece ainda estar à margem do conceito de família usado por alguns operadores do Direito, por mais elástico que ele possa ser atualmente.

Além disso, a homossexualidade existe, desde os tempos mais remotos da história da humanidade. O certo é que, "desde que o mundo é mundo", a homossexualidade existe, e não será proibindo-a que se acabará com ela. Quem defende que a homossexualidade é algo errado, contra a natureza, deve ter em mente que durante séculos e séculos esta atitude foi, e ainda é, combatida, mas ela continua resistindo e existindo. Não será "varrendo" a homossexualidade para "debaixo do tapete" que se acabará com esta prática.

No segundo capítulo, abordar-se-ão os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e o princípio do reconhecimento familiar com enfoque na pluralidade de forma de família e a afetividade. Focado principalmente no princípio jurídico e filosófico da dignidade da pessoa humana, visto que a Constituição Federal, em seu art. 3º, elege como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da pluralidade e da tolerância. Dessa forma, todas as ações do Estado brasileiro devem ter como objetivo fundamental: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Se esse é um dos objetivos da República, não é um objetivo meramente do Estado, mas da sociedade e de cada um dos brasileiros.

Seguindo nesta linha, mostrar-se-á também, a importância do princípio da liberdade, pois o direito à liberdade afirma que toda pessoa humana pode fazer o que bem lhe aprouver desde que, com suas ações, não prejudique ninguém. Uma vez comprovado que a união homoafetiva não prejudica ninguém, trata-se, portanto, de parcela, nitidamente, ligada à liberdade pessoal de cada indivíduo. Assim, a homossexualidade é, indiscutivelmente, parte do Direito de Liberdade, do qual todos os indivíduos são – por força internacional e constitucional – portadores. Além disso, integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de externá-la não só de seu comportamento, mas de sua aparência e biotípica. Esse componente da liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo.

Já no terceiro capítulo, analisar-se-á, o desdobramento jurisprudencial do reconhecimento dos homossexuais pelo Estado Democrático de Direito como forma de realização da cidadania, com enfoque nas decisões do Tribunal de

Justiça do Rio Grande do Sul, bem como algumas questões levadas aos Tribunais Superiores.

O Tribunal do Rio Grande do Sul é pioneiro nas questões envolvendo as demandas acerca dos pleitos dos casais de pessoas do mesmo sexo, igualando-as, pela via analógica e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade à união estável. Contudo, ainda não há uma uniformidade nas decisões proferidas o que demonstram a necessidade e urgência de regulamentação. Também, colaciona-se, a decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça refere ao pedido de adoção de um casal de lésbicas, bem como a posição, atual, do Supremo Tribunal Federal a cerca das questões envolvendo os casais homoafetivos.

Ao fim, cita-se e transcrevem-se os principais trechos do acórdão da ADI 3300 por ocasião da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, proposta pelo Ministério Público Federal, pelo Grupo pela Livre Orientação Sexual - NUANCES e pelo Grupo Gay da Bahia - GGB, matéria que restou consolidada, mediante determinação à Autarquia Previdenciária que aceitasse pedidos administrativos requeridos por parceiros homossexuais, desde que lograssem êxito em comprovar os mesmo requisitos exigidos na Lei nº 8.213/91 aos parceiros heterossexuais.

Com vistas a alcançar o objetivo do presente trabalho, foi realizada pesquisa exclusivamente bibliográfica, o que inclui a análise de livros, artigos e jurisprudência relacionados à família, ao homossexualismo, à sexualidade, aos direitos fundamentais e à interpretação constitucional.

Por fim, este trabalho tem como objetivo contribuir apresentando uma reflexão sobre o movimento homossexual partindo do pressuposto de que eles estabelecem “marcas”, “modelos” e “verdades” sobre o que é ser homossexual.

## **1 A LUTA PELO RECONHECIMENTO: A PROCLAMAÇÃO DA IDENTIDADE COMO ALIADA E LIMITADORA DO MOVIMENTO HOMOSSEXUAL.**

É importante fazer um breve resgate histórico dos diferentes momentos da história/evolução dos movimentos homossexuais, no Brasil e no mundo, para que assim se possa compreender melhor a luta dos homossexuais pelo reconhecimento social.

Dessa forma, procede, neste estudo, a análise da trajetória histórica da homossexualidade, ao longo do tempo com o intuito de refletir acerca da intolerância para com os homossexuais, notadamente no mundo ocidental-europeu, americano e o brasileiro.

### **1.1 ANÁLISE HISTÓRICA DOS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS**

Ao falar da trajetória histórica dos movimentos homossexuais é pertinente tecer algumas considerações que retratam, de maneira pontual, a questão ao longo dos tempos, da questão homossexual, pois essa análise permite-nos uma reflexão acerca da histórica intolerância para com os homossexuais, notadamente, no mundo ocidental, não porque tal intolerância não ocorra no mundo oriental, mas em razão da maior dificuldade de dominar-se o leque de esterótipos, pré-conceito e pré-juízos que este tema agudiza.

A homossexualidade é uma realidade que sempre existiu, em toda a parte, acompanha a história da humanidade e, apesar de não aceita, nenhuma sociedade jamais a ignorou. Portanto, a homossexualidade, vista como forma de manifestação da sexualidade e da afetividade não é fato recente, ao revés, há muito percorre a história das sociedades, acompanhada pela compreensão ou repulsa destas

Como pode ser constatado, a homossexualidade não é um fato recente, no entanto, não há registros de sua origem. Porém, sabe-se que desde os povos mais selvagens e das civilizações mais primitivas, incluindo a egípcia, romana, grega e assíria, já havia a prática homossexual<sup>1</sup>.

Assim, semelhantemente, a concepção tocante à família e ao afeto era nitidamente diversa, pois estes são entendimentos que se edificam em sociedade,

---

<sup>1</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**, São Paulo: LTR, 2000, p. 46.

no ditame dos distintos momentos históricos<sup>2</sup>. No entanto, merece destaque o aspecto positivo auferido pelos atos homossexuais nas antigas civilizações. As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo não eram vistas, de modo geral, como algo contrário à natureza do homem, pois se uniam a valores culturalmente relevantes, como as transmissões de religião e de ensino e do rito de passagem para uma fase vista como superior<sup>3</sup>.

As diversas culturas e civilizações sempre encontraram uma forma de revelar sua existência, por meio de mitos, lendas, relatos ou encenações<sup>4</sup>. Parece que o amor homossexual era vital para as civilizações antigas<sup>5</sup>.

Roma nos legou o Direito, Grécia a Filosofia, o amor pelo saber, e a civilização Hebraica legou-nos a Bíblia Sagrada, a mais preciosa coleção de documentos que chegou até nós.

A homossexualidade, em Roma não se ocultava. O preconceito da sociedade romana decorria da associação popular entre passividade sexual e impotência política. A censura recaia no caráter passivo da relação, e quem desempenhavam papel passivo eram os rapazes, mulheres e escravos, todos excluídos da estrutura do poder.

Na Grécia, o livre exercício da sexualidade – verdadeiro privilégio dos bem-nascidos<sup>6</sup> - fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede. Lendas falam dos amores de Aquiles com Patrocolo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. Indaga-se sobre o caráter e a importância de tais práticas, se perversão admitida, instituição pedagógica ou ritual iniciatório, questionando-se se tais hipóteses seriam excludentes entre si<sup>7</sup>. A bissexualidade estava inserida no contexto social, a heterossexualidade aparecia como uma preferência de certo modo inferior e reservada a procriação. A homossexualidade era vista como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido<sup>8</sup>,

---

<sup>2</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 36.

<sup>3</sup> Idem. p. 36.

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 25.

<sup>5</sup> Idem. Ibidem.

<sup>6</sup> Idem. Ibidem.

<sup>7</sup> Idem. p.25-26.

<sup>8</sup> Idem. p.26.

não se tratando de uma degradação moral, um acidente ou vício<sup>9</sup>. Todo indivíduo poderia ser ora homossexual ora heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos da língua grega<sup>10</sup>.

Na mesma linha Souza enfatiza que:

Efetivamente, para a avançada sociedade grega em suas concepções de sexualidade, todo homem pode ser ora hetero, ora homossexual, muitos séculos antes que a Psicanálise introduzisse a hipótese da bissexualidade humana. Ao mesmo tempo, há uma inclinação natural de despojar de conflitos internos, psíquicos, as chamadas relações homossexuais e fazer delas objetos de aceitação plena, pelo menos no seio das camadas sociais mais dotadas. Além disso, propõe incluí-la entre os costumes de elegância e sobressalência, uma prerrogativa de destaque no conviver grego<sup>11</sup>.

A mesma autora menciona ainda que:

Finalmente, o que se permite descrever e concluir como prática homossexual na Grécia se restringe a ambientes cultos, onde é considerada uma manifestação legítima da libido, status reivindicado novamente apenas muito mais tarde. Assim, dentro do caráter de normalidade em que se estabelecia na vida grega, passam a ser condenáveis tão-somente a violência, a prostituição masculina e o comportamento sexual compulsivo, de desgosto da sociedade e dependendo da cidade, passíveis de ser enquadrados como crime<sup>12</sup>.

Importante destacar que a pederastia ritualizada era bem acolhida. Havia a crença de que no período da infância e da puberdade o jovem se identificava com mulher, fase abandonada pela iniciação homossexual, por meio do qual o menino adquire identidade e se integra a comunidade masculina.

Na época bíblica a história de Sodoma é provavelmente a mais famosa passagem que trata da homossexualidade e está no livro Gênesis, capítulo 19, versículos 1 a 11. Ao se falar de discriminação ressalta-se que o maior preconceito, contra a homossexualidade provém das religiões. Nesse sentido Dias explica que: "O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões, tanto que, a cultura e a religião, estão profundamente entrelaçadas e, censuram ao extremo os

---

<sup>9</sup> Idem. Ibidem.

<sup>10</sup> Idem. Ibidem.

<sup>11</sup> SOUZA, Ivone M. C. Coelho de Souza. **Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF – Homossexualidade. 1.ed.(ano 2001), 6ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 104.

<sup>12</sup> Idem. p.108.

chamados pecados da carne<sup>13</sup>. Porém, insta mencionar, dessa forma, que o preconceito contra a homossexualidade provém das religiões abraâmicas (judaísmo, cristianismo e islamismo), em especial, do cristianismo terrivelmente imposto pelo Estado Imperial Romano, após o golpe de Constantino, em 312.

Insta mencionar ainda que na época bíblica, não havia uma compreensão mais elaborada da homossexualidade como orientação sexual. Havia apenas uma consciência genérica de atos ou contatos entre pessoas do mesmo sexo, o que poderia ser chamado de homogenitalidade ou atos homogenitais<sup>14</sup>.

Para Mott<sup>15</sup>, certamente, a homofobia que se originou no ocidente tem suas raízes no machismo patriarcalista judaico-cristão. Ao observar o livro Bíblico Levítico se depreende a homofobia que depois se introduziria no mundo ocidental, através do cristianismo, nele se perpetuando. Esta homofobia tem um cunho moral e religioso bem como uma conotação social ideológica que se configura no machismo judaico, no patriarcalismo, que a época, podia tão somente abominar os meios naturais de controle de natalidade, como o homossexualismo e as práticas masturbatórias, vez que estas limitariam o surgimento de uma grande prole que era o mais importante para a hegemonia cultural do povo escolhido pelo Deus Javé.

Na leitura do Livro dos Atos dos apóstolos é possível notar o conflito entre as duas igrejas cristãs primitivas – a Petrina e a Paulina (Fundadas pelos apóstolos Pedro e Paulo), onde existiam diversas divergências culturais, tais como a questão da circuncisão, o comer ou não carnes imoladas aos ídolos, o modo de vestir-se das mulheres, o sabatismo judaico. A homofobia cristã é demonstrada nos textos de autoria Paulo, de modo que esta homofobia se consolidou na antiguidade cristã do século I ao IV.

A idade média marcou com mil anos de duração, entre os séculos IV ao XIV, uma maior tolerância com os homossexuais em comparação com o que ocorreria depois com o advento da Renascença – séculos XV a XVII. Segundo alguns historiadores, na Idade Média a homossexualidade floresceu nos mosteiros e acampamentos militares.

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 27

<sup>14</sup> HELIMIÁK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998, p. 35

<sup>15</sup> MOTT, Luiz R. B. **O sexo Proibido**: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição. Campinas. Papirus, 1998, p.67.

No período renascentista, vários intelectuais da época cultivaram relações homossexuais, dentre eles Miguel Ângelo, Francis Bacon e Leonardo da Vinci, sendo que este teve de responder, em 1476, à acusação de sodomia perante o Tribunal de Florença.

Dando sequência a idéia do autor, é na Idade Moderna que ocorre o ápice da intolerância, principalmente da igreja, em meio a uma forte crise eclesial, pela eclosão do dito “Cisma de Lutero” (reforma luterana), ocasião em que se instaurou a inquisição do Santo Ofício. Sendo que na fase inquisitorial, milhares de homossexuais foram executados na fogueira.

Como se pode observar com o advento da Inquisição, a partir do século XIII, tornaram-se freqüentes as condenações aos sodomitas, sendo-lhes prevista, inclusive, a pena de morte. Os que não recebiam a pena de morte podiam ser condenados a trabalhos forçados nos navios de guerra do rei ou ao exílio temporário ou perpétuo na África, Índia ou no Brasil. Em geral, essas duras punições eram decretadas após o condenado já ter tido suas propriedades confiscadas e sido brutalmente chicoteado em público<sup>16</sup>. No Brasil, a Inquisição perdurou durante o período de 1591 até 1761, tendo sido o Padre Frutuoso Álvares, da Bahia, em 1591, o primeiro homossexual a ser inquirido pelo Tribunal Inquisitório, e o índio Tibira Tupinambá do Maranhão, em 1613, o primeiro homossexual condenado à morte<sup>17</sup>.

O mesmo autor explica que a homossexualidade, por ser considerada de todos os pecados, “o mais torpe, sujo e desonesto, chamada na época sodomia, foi perseguida tanto pela justiça civil como pela religiosa, daí ser conduta erótica mais documentada não só pela população branca, como para a escravaria.

O “abominável pecado nefando” incluía tanto a homossexualidade masculina e feminina, como a cópula anal heterossexual, embora a partir de 1646 os Inquisidores tenham restringindo a condição de crime somente à “sodomia perfeita”, isto é à cópula anal entre varões, descrita nos manuais e regimentos inquisitoriais. Insta mencionar ainda que o referido autor destaca que vários são os documentos comprobatórios dos amores homoeróticos de homens brancos por seus escravos de cor. Segundo ele há casos que o senhor parece ter escolhido a dedo, no mercado de “gado humano”, seu preferido, já pensando em torná-lo seu parceiro sexual, igual

---

<sup>16</sup> GREEN, James Naylor. **Além do Carnaval**. A homossexualidade masculina no Brasil no século XX. Tradução Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 56.

<sup>17</sup> Cronologia do movimento gay, uma trajetória contra o preconceito. Disponível em < <http://www.estoufelizassim.com.br/parada.html>>. Acesso em 28 jan. 2008.

ao que acontecia entre senhores heterossexuais, segundo assinala o mestre Gilberto Freire em Casa Grande e Senzala.

A respeito do crime por sodomia, João Silvério Trevisan<sup>18</sup> explica que, embora “[...] não restrito às relações homossexuais, o crime por sodomia era comumente associado, na legislação civil, ao amor entre pessoas do mesmo sexo.”

Com a adoção do Código Napoleônico, em 1810, foram excluídos os delitos de sodomia do Código Penal da França. E, em 1821, com o termino da Inquisição, pôs-se fim à pena de morte aos sodomitas.

Contudo, no Brasil, em 1823 ainda previa-se a pena de morte aos homossexuais, haja vista que a Constituição do Império, no seu Código penal determinava que

[...] toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nosso Reino, posto que tenha descendentes, pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inábeis e infames, assim como daqueles que cometeram crime de Lesa Majestade<sup>19</sup>

Em 1821, com a extinção da Santa Inquisição e a descriminalização da Sodomia a partir da independência do Brasil, livra os homossexuais da morte na fogueira.

Em 1830, oito anos após a Independência, D. Pedro I promulgou o Código Penal Imperial. Entre outras previsões, a nova lei eliminava toda e qualquer referência à sodomia. A legislação fora influenciada pela idéias de Jeremy Bentham, pelo Código Penal francês de 1791, pelo Código Napolitano de 1819 e pelo Código Napoleônico de 1810 que descriminaram as relações sexuais entre maiores de idade. Entretanto, o artigo 280 do Código brasileiro punia atos públicos de indecência com dez a quarenta dias de prisão e uma multa correspondente à metade do tempo de reclusão. Essa provisão deu margem para que a polícia pudesse determinar o que constituía um ato de indecência. Deu-lhe também o poder de extorquir dinheiro daqueles ameaçados de detenção ou reclusão<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso – A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 163.

<sup>19</sup> Cronologia do movimento gay, uma trajetória contra o preconceito. Disponível em <<http://www.estoufelizassim.com.br/parada.html>>. Acesso em 28 jan. 2008.

<sup>20</sup> GREEN, James Naylor. **Além do Carnaval**. A homossexualidade masculina no Brasil no século XX. Tradução Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 56.

Porém no ano de 1850, os homossexuais passam a sofrer o estigma da doença, pela medicina. A tendência homoerótica passa nos séculos XVIII e XIX, a ser vista como uma patologia.

Segundo Trevisan<sup>21</sup>, o começo do século XIX restou caracterizado por uma preocupação constante com as práticas de higienização ocorridas no Brasil. Tal inquietação devia-se aos altos índices de mortalidade infantil e às péssimas condições sanitárias verificadas no recinto familiar da época.

Os estudos e os trabalhos realizados para garantir melhoria nos padrões higiênicos do país contribuíram para a imposição de um novo discurso acerca da homossexualidade, pautado numa “sexualidade higienizada”. Assim, os papéis sexuais foram definidos para atender à procriação, sendo considerado anormal todo comportamento sexual que fugisse ao exercício da sexualidade conjugal. Trevisan<sup>22</sup> aponta, ainda, que:

Tudo que fugia do padrão regulador seria anormal. A partir daí é que os médicos da época condenavam insistentemente os libertinos, celibatários e homossexuais, tidos como cidadãos irresponsáveis e adversários do bem-estar biológico-social, à medida que desertavam do supremo papel de homem-pai [...]. Se a paternidade mal exercida (como no libertino) e a negação de paternidade (como no celibatário) constituíam faltas graves no código higienista, ainda mais grave era negar-se à vocação ‘natural’ de homem, como no caso do sodomita, que passou a ser chamado de uranista, pederasta ou, em linguagem chula, bagaxa. Nesse período pode-se afirmar que crescia a tentativa de fazer crer que a homossexualidade era uma espécie de patologia e como tal deveria ser tratada.

Desse modo, observa-se que, quando a homossexualidade passou a ser encarada como uma espécie de doença, ainda assim permanecia evidente o sofrimento a que se submetiam os homossexuais, antes estigmatizados por fundamentos religiosos e agora excluídos por diagnósticos patológicos e que somente no século XX a homossexualidade foi excluída do Código Internacional de Doenças.

Conforme salientado, o final do século XIX e o início do século XX caracterizaram-se, notadamente, pela ocorrência de inúmeras transformações sociais, que favoreceram o surgimento de novos valores, por conseqüência, de vários movimentos homossexuais ao redor do mundo, clamando pela tolerância, reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>21</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso** – A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 163-169.

<sup>22</sup> Idem. p. 173.

De fato, conforme relato de João Silvério Trevisan, o período ditatorial favoreceu, de certa forma, o surgimento dos movimentos em prol dos direitos dos homossexuais. Àquela época, inúmeros intelectuais tiveram que se ausentar do Brasil e foram exilados para países da América Central e Europa, o que possibilitou o contato com idéias liberais e reivindicatórias, como os ideais feministas e antirracistas.

Ao regressarem ao Brasil, os exilados expuseram as novas idéias em pauta de discussão, o que facilitou a criação de um espaço para discussão acerca dos homossexuais (TREVISAN, 2000).

Assim, a partir da década de 1960 e início dos anos 1970, aumentou a visibilidade das mais diversas opções sexuais. O movimento de liberalização desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto no social como individual, das relações homoeróticas. A emergência da sexualidade foi assinalada pela popularização da autodeterminação gay, que sugere colorido, abertura e legitimidade. A sexualidade torna-se livre, ao mesmo tempo em que gay é algo que pode ser e descobrir-se ser, a sexualidade abre-se a muitos propósitos<sup>23</sup>.

Trevisan relata que o movimento de homossexual organizado eclodiu no decorrer das décadas de 1970 e 1980, com o intuito de divulgar informações a respeito das homossexualidades, defender os direitos políticos e civis dos homossexuais, assim como promoveu lutas e combate as diversas expressões das práticas sociais homofóbicas. Dentre os militantes destes movimentos, atuavam muitas pessoas da classe média urbana que se associaram com outros movimentos de busca da legitimação dos Direitos Humanos, tais como os movimentos feministas e o movimento negro, e por vezes, movimentos políticos que exigiam a redemocratização do país. É importante ressaltar que, estes movimentos surgiram no período em que o país passava por um regime militar.

Desse modo, (Trevisan, 2002), percebe-se que neste período histórico, as homossexualidades se apresentaram de maneira performática, permitindo a verificação das produções positivas desta cultura que se fortificou juntamente com os movimentos sociais. Mesmo embora, ainda tivesse uma conotação de subcultura, as homossexualidades ocupavam espaço nas diversas expressões das artes e das reivindicações ideológicas e sócio-políticas que evidenciavam o orgulho

---

<sup>23</sup> MOTT, Luiz R. B. **O sexo Proibido**: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição. Campinas. Papirus, 1998, p. 74

de ser gay (processo identificatório difundidos pelos movimentos sociais) em afronto aos posicionamentos discursivos que indicavam que ser gay era motivo para se ter vergonha de si mesmo.

Presentemente, apesar dos registros mais atuais não apresentarem uma crescente e exacerbada homofobia, verifica-se uma significativa movimentação em busca de reconhecimento dos direitos. Direitos estes principalmente nas áreas humanas e constitucionais que proporcionam uma abertura no ambiente jurídico, político e social contemporâneo, tendente à concretização de uma mudança radical na percepção da questão homossexual.

Nesse sentido, mesmo não se desejando tecer uma comparação simplista entre dias atuais e momentos longínquos, uma questão destaca-se, qual seja, o valor do construído social nas questões respeitantes à homossexualidade. Delegam-se valores positivos, num momento histórico e, negativos, em outro<sup>24</sup>.

A visão estereotipada além de fechar as portas às constantes reivindicações homossexuais verifica-se também como dominadora, repressora e com determinante preconceito, o que gera um confronto ao Estado Democrático de Direito, pois nega direito e pune quem vive fora do padrão convencional.

## 1.2 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO

A análise, ainda, que breve, da legislação de outros países, que se passará a fazer, se dá especialmente considerando-se a não-uniformidade de solução, a partir da análise das legislações dos países que legislam sobre o assunto, pois o Brasil também entrou neste debate, mas é no Direito Internacional é que encontram-se os vários exemplos das vitórias obtidas. Muitas são as barreiras encontradas neste sentido, mas o maior obstáculo ainda hoje provém das religiões, tornado-se fato decisivo na maneira como os Estados manifestam-se sobre o assunto.

Atualmente o cenário mundial encontra-se dividido em três blocos, os liberais, que atinge a maioria dos países nórdicos e que legalizaram as uniões entre parceiros do mesmo sexo, onde até a igreja católica deu seu aval. Os conservadores que entre os países está os Muçumanos, que ainda hoje aplica a pena de morte como forma de punir os homossexuais. Por último, encontra-se o bloco

---

<sup>24</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 36.

intermediário, onde o assunto é discutido pelo Poder Legislativo e onde jurisprudências já reconheceram alguns efeitos jurídicos às parcerias homossexuais. Neste bloco encontram-se a maioria dos países, entre eles o Brasil, Espanha, Bélgica, Canadá, Eslovênia, Finlândia, República Tcheca, Austrália, Nova Zelândia, Alemanha e alguns estados norte-americanos.

Ao ingressarem no Conselho Europeu os países do leste Europeu, entre eles a Hungria, a República Tcheca, a Eslováquia, a Polônia, a Bulgária e a Eslovênia, não mais incriminam atos sexuais praticados por adultos. Apesar das tendências dos países Europeus em reconhecer essas parcerias, alguns países as penalizam.

Insta mencionar, primeiramente, que o grande marco internacional ocorreu no dia 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, nos EUA, um grupo gay entendeu resistir a uma batida policial implementada pela polícia local, que tentava interditar um bar chamado “*Stonewall Riot*”, localizado na rua mais movimentada da área, conhecida como “*gueto Homossexual*” de Nova Iorque. A reação por parte dos frequentadores do referido bar desencadeou uma batalha que durou uma semana inteira, ensejando a institucionalização dessa data como o “Dia do Orgulho Gay”. A partir de então, neste dia, comemora-se o nascimento do movimento de libertação homossexual<sup>25</sup>.

Dessa forma, o dia 28 de junho de 1969 tornou data-símbolo destes movimentos que, como já mencionado, originou-se da resistência física de clientes do bar homossexual “*Stonewall Riot*” (anexo A), no bairro nova-iorquino Greenwich Village, diante da violência empregada na batida policial. A partir de então, solidificou-se o movimento homossexual norte-americano, com a criação de inúmeras associações por todo o país, promotores de protestos, demonstrações, desfiles públicos e publicações. Neste contexto, inclusive, foi cunhada a expressão “gay”, para designar uma atitude de auto-estima e ativismo diante do preconceito e da discriminação, objetos de combates destes grupos<sup>26</sup>.

Destaca-se ainda, que nos Estados Unidos, os homossexuais – sob o *slogam* “saindo do armário” – já não se ocultam e vêm à público com crescente

---

<sup>25</sup> MOTT, Luiz R. B. **O sexo Proibido**: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição. Campinas. Papirus, 1998, p.74.

<sup>26</sup> RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

transparência. Passaram eles próprios a proceder à análise de sua problemática, reclamando o direito à vida e o respeito a seus sentimentos<sup>27</sup>.

Já no que se refere ao movimento homossexual alemão este foi destruído com a ascensão de Hitler ao poder, marcado pelo encarceramento, tortura e assassinato de homossexuais nos campos de concentração.

Conforme historiadores, aproximadamente 50.000 pessoas foram condenadas à morte por homossexualidade, sendo lá identificadas pelo Triângulo Rosa. A partir da década de 1960, ganham destacada expressão os movimentos sociais por direitos de homossexuais nos Estados Unidos, época considerada como do nascimento do movimento *gay* contemporâneo<sup>28</sup>.

Atualmente, a sociedade tem visto com um pouco de tolerância a homossexualidade, culminando com o reconhecimento de uniões homossexuais por alguns países, como Holanda, Islândia, Noruega, Suécia e Dinamarca<sup>29</sup>.

Dados históricos nos revelam a conquista de direitos pelos homossexuais em todo o mundo e por isso merecerem destaque<sup>30</sup>, quais sejam:

- Os países escandinavos foram pioneiros quanto ao reconhecimento de efeitos jurídicos de uniões entre pessoas do mesmo sexo, ao admitirem a denominada parceria homossexual.

O seu marco inicial pode ser entrevisto já em 1968, quando houve uma proposta de lei ao Parlamento dinamarquês para reconhecimento da convivência homossexual, apresentada pelo Partido dos Socialistas Populares. Como era previsível, a proposta não foi aprovada, mesmo como apoio da esquerda<sup>31</sup>. Todavia, cinco anos depois, em 1973, a comissão para a reforma do matrimônio discutiu a possibilidade de estendê-lo à tutela para duas pessoas do mesmo sexo. Nessa ocasião, anunciou-se a urgência dos problemas enfrentados pelos parceiros homossexuais, especialmente nas questões relacionadas com direito habitacional e sucessório, e se recomendou uma solução por outra via que não a do casamento.

---

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 30.

<sup>28</sup> RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

<sup>29</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**, São Paulo: LTR, 2000, p.65

<sup>30</sup> TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos homossexuais**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.12-14.

<sup>31</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 91.

Não se abriu esta possibilidade, naquele momento, por justificativas atreladas aos valores tradicionais do casamento e pelo receio da repercussão que a medida poderia causar em outros países, no que se refere à validade do matrimônio dinamarquês<sup>32</sup>.

- Os países que foram pioneiros quanto à admissão das parcerias homossexuais são: Em 1989 – Dinamarca; Em 1993 – Noruega; Em 1994 – Suécia.

- A inovação trazida pelos países da Escandinávia influenciou os demais países europeus e outros países do mundo, que também passaram a admitir as parcerias, cada qual com seu próprio regulamento. São eles: Em 1994 – Israel; Em 1996 – Islândia, Hungria e Groenlândia; Em 1998 – Holanda; Em 1999 – França e África do Sul; Em 2001 – Alemanha, Portugal e Finlândia (a Finlândia foi o último país da Escandinávia a admitir as parcerias); Em 2002 – Inglaterra; Em 2003 – Croácia; Em 2004 – Luxemburgo; Em 2005 – Nova Zelândia e Reino Unido; Em 2006 – Andorra, República Tcheca e Eslovênia e em 2007 – Suíça.

- Nos Estados Unidos, a legislação de seus Estados conta com dispositivos diferentes sobre o assunto, por isso não há unanimidade quanto ao reconhecimento das uniões naqueles países e, por conseqüência, dos direitos dos casais homossexuais. Assim, enquanto em Massachusetts permite-se o casamento entre homossexuais desde 2004, na cidade de São Francisco, e nos Estados de Vermont e Connecticut admite-se o registro das parcerias. Em outros locais, como, por exemplo, na Georgia tais uniões são expressamente proibidas.

- Há alguns países em que a união ou casamento entre homossexuais são admitidos em apenas alguns Estados e Municípios, tais como: Em 1997 – Estados Unidos (10 Estados); Em 2003 – Argentina: Buenos Aires e Rio Negro (união civil); Em 2004 Austrália (Tasmânia) e Itália (10 regiões); Em 2006 – México: na cidade do México e no Estado de Coahuila (união civil).

- Em outros países, admite-se o casamento entre homossexuais, o que revela a importância que as uniões entre homossexuais passaram a ter em todo o mundo. São eles: Em 2001 – Holanda; Em 2003 – Bélgica; Em 2005 – Espanha e Canadá; Em 2007 – Colômbia (primeiro país da América Latina a garantir plenos direitos à união homossexual).

---

<sup>32</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 91.

O jornal Zero Hora publicou em 20 de dezembro de 2007 uma matéria a respeito do reconhecimento da união civil pelo Uruguai, mencionando que apesar da tradição católica, o Uruguai havia passado o projeto pela Câmara Federal Uruguiaia no dia 28 de novembro e aprovado por unanimidade no Senado dependendo apenas de sanção do presidente Tabaré Vázquez para virar lei<sup>33</sup>.

Além disso, em vários países asiáticos, como o Japão ou as Filipinas, por exemplo, a homossexualidade é largamente tolerada; em certas tribos da Nova Guiné a pederastia é institucionalizada e tida como necessária para o sadio amadurecimento dos adolescentes...; da mesma forma, entre certas tribos indígenas brasileiras..., sendo de se registrar, na contemporânea cultura urbana paraense, a incolumidade da identidade masculina heterossexual daquele que se relaciona apenas de forma ativa com outros homens... Por meio destes exemplos, ilustra-se o relativismo cultural informador desta concepção...<sup>34</sup>

Assim, os países que aceitam o Casamento Civil e o Matrimônio são: África do Sul, Canadá e Espanha. Já com relação à União Civil os seguintes países: Argentina (Buenos Aires), França, México (cidade do México), Portugal, Reino Unido e o Uruguai<sup>35</sup>.

Diante disso, em todos os lugares e no decorrer de toda a história se pode encontrar uma herança cultural permissiva para um relacionamento homossexual.

### 1.3 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

Grupos de militância homossexual vieram à luz, no Brasil, no final dos anos 1970, no embalo do grande movimento de oposição à ditadura militar, trazendo à cena pública o anseio de que a homossexualidade, como se toda forma de amor e desejo, pudesse ser vivida e exaltada sem restrições<sup>36</sup>. Na década seguinte, essa disposição ativista definiu, e a chama libertária que a tinha inspirado ameaçava

---

<sup>33</sup> URUGUAI reconhece união homossexual. **Zero Hora**. Porto Alegre. 20 dez. 2007.

<sup>34</sup> RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

<sup>35</sup> Disponível em: [http://www.abglt.org.br/port/inter\\_cv.php](http://www.abglt.org.br/port/inter_cv.php). Acesso: 25 jun.2010.

<sup>36</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p.13

aniquilar-se de vez em meio ao rastro da intolerância, violência e morte deixado pela epidemia HIV/AIDS<sup>37</sup>.

Contudo, ao analisar as interpretações produzidas por Green e Silva, entende que, uma movimentação homossexual já existia no final dos anos 1960 e início dos anos 1970 – inclusive com uma disputa entre identidades como “bonecas” e “homossexuais” ou “entendidos”, como relata Green – e o movimento surge apenas no final dos anos 1970, é porque, de fato, as “condições” que possibilitariam o surgimento de um movimento homossexual no Brasil não eram apenas as que estavam presentes naquele momento<sup>38</sup>.

Dias<sup>39</sup> ressalta também que a partir da década de 1960 e início dos anos 1970 do século passado, aumentou a visibilidade das mais diversas expressões da sexualidade. O movimento de liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações homoafetivas.

Conforme Green<sup>40</sup> o Brasil passou por mudanças dramáticas nos anos 1950 e 1960, pois milhões de camponeses e trabalhadores migraram em massa para as grandes metrópoles e cidades como Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo eram ímãs atraindo homossexuais do interior que buscavam o anonimato nas grandes cidades, com o intuito de fugir do controle familiar.

Ainda com base no mesmo autor, até o fim dos anos 1950, não existiam bares dirigidos exclusivamente ao público gay ou lésbico. Encontros públicos homossexuais centravam-se em parques, praças, cinemas, banheiros públicos ou à ocupação tênue de restaurantes, cafés, ou partes de praias.

Na verdade, durante o carnaval era o momento em que gays e lésbicas, embora muito mais limitadas, podiam se expressar livremente, ou seja, quando tudo era permitido, pois durante os anos 1950, o baile das bonecas do Rio atraía um público internacional e vinham gays de toda a América do Sul para participar da folia e assistir as celebrações carnavalescas.

---

<sup>37</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p.13.

<sup>38</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 92.

<sup>39</sup> DIAS, M. B.. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 30

<sup>40</sup> GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays , lésbicas e travestis. Artigo publicado no Caderno Pagu (15) 2000, p. 278.

Importante destacar que a ditadura estimulou a formação de resistências em diversos setores sociais e como ela pode ter sido, inclusive, responsável pelo perfil fortemente anti-autoritário que marcou a “primeira onda” do movimento homossexual brasileiro<sup>41</sup>.

Porém, insta mencionar que alguns homossexuais que eram militantes de esquerda sofreram repressão não pela sua sexualidade, mas por seu posicionamento ideológico e seu engajamento político.

Destaca-se ainda, que enquanto os militares controlavam o governo as transformações sociais e culturais que ocorriam no país iriam afetar as noções de gênero e homossexualidade. Cantores como Caetano Veloso, Maria Bethania e Ney Matogrosso apresentavam uma imagem andrógina que transgredia os papéis sexuais, e implicava um desejo bissexual. Valores boêmios e contraculturais que enfatizavam a liberdade sexual individual começaram a influenciar os intelectuais e estudantes. A cultura da juventude que desafiava valores tradicionais de sexualidade e gênero permeava a classe média urbana<sup>42</sup>.

Conforme Facchini<sup>43</sup> o movimento homossexual aparece, ao lado do movimento feminista, do movimento negro e do movimento ecológico, como “movimento alternativo” ou “movimento libertário”, em contraste com os “movimentos populares”.

No Brasil, em 1978 é fundado o Jornal Lampião da Esquina (anexo B), o principal veículo de comunicação da comunidade homossexual. Conforme Green<sup>44</sup> este novo jornal, de tamanho tablóide, era produzido por um grupo de escritores e intelectuais do Rio de Janeiro e São Paulo, e se declarava um veículo para discussão de sexualidade, discriminação racial, artes, ecologia, e machismo. O Jornal foi batizado de Lampião da Esquina<sup>45</sup>, um título sugestivo da vida gay de rua, mas que aludia também à figura do rei do cangaço.

---

<sup>41</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

<sup>42</sup> GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. Caderno Pagu n.15, 2000, p. 282.

<sup>43</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p.55

<sup>44</sup> GREEN, op cit., p. 273.

<sup>45</sup> O Lampião da Esquina tem forte ligação com a figura do escritor João Silvério Trevisan. Até hoje Trevisan discute sobre as questões referentes ao movimento homossexual brasileiro. Sua obra mais famosa *Devassos no Paraíso* é um referencial para os estudos da homossexualidade brasileira. Trevisan volta ao Brasil em 1976 depois de um auto-exílio e decide reunir alguns amigos e discutir a homossexualidade através da formação de um grupo que não resiste a algumas poucas semanas.

Green<sup>46</sup>, sobre o jornal *Lampião da Esquina*, lembra:

O primeiro número do *Lampião da Esquina* apareceu em abril de 1978. A matéria de capa era um artigo sobre Celso Curi, o colunista gay pioneiro do *Última Hora*. No ano anterior, os militares haviam acusado Curi de violar o artigo 17 da Lei de Imprensa. Entre as acusações levantadas contra o jovem jornalista, estava a de que ele ofendera, “de modo contínuo, no período compreendido entre 5 de fevereiro e 18 de maio de 1976, a moral pública e os bons costumes na Coluna do Meio, cujo nome não deixa dúvidas quanto ao assunto tratado, o homossexualismo, que é claramente exaltado, defendendo-se abertamente as uniões anormais entre seres do mesmo sexo, chegando inclusive a promovê-las através da seção *Correio Elegante*”. Os editores do *Lampião* usaram o primeiro número do jornal para defender Curi e argumentar que o caso contra ele era a prova dramática da necessidade de um movimento organizado, cujo objetivo deveria ser resguardar os indivíduos contra as ações arbitrárias do governo e combater as atitudes homofóbicas na sociedade brasileira de modo geral.

Tendo como referência ainda o mesmo autor, logo depois de o *Lampião* aparecer nas bancas de todo o país, uma dúzia de gays em São Paulo organizou um grupo que evoluiria para a primeira organização duradoura e bem-sucedida de liberação dos gays.

O grupo inicialmente chamou a si mesmo de Núcleo de Ação pelos Direitos dos Homossexuais e durante os primeiros seis meses da existência do grupo, seu tamanho permaneceu pequeno, quinze a vinte indivíduos, sendo a maioria homens.

No fim de 1978, o nome do grupo foi objeto de uma discussão acalorada, pois alguns membros especulavam que o teor ativista do nome do grupo era a razão pela qual apenas uma dúzia de pessoas havia ido a uma determinada reunião.

Assim, alguns propuseram mudar o nome do grupo para *Somos*, em homenagem à publicação de vida curta editada pela Frente de Libertação Homossexual Argentina, primeiro grupo pelos direitos gays na América Latina, que veio a público em Buenos Aires em 1971 e desapareceu em março de 1976, na longa noite da ditadura militar daquele país.

Dessa forma, o surgimento do movimento homossexual no Brasil é associado à fundação do grupo *Somos – Grupo de Afirmação Homossexual*, em São Paulo, em 1978<sup>47</sup>. É importante esclarecer que esse grupo adquiriu grande notoriedade e

---

Todavia, seus contatos com os movimentos gays, ecológicos e feministas dos Estados Unidos serviram de motivação para que, junto com outros jornalistas e escritores, em abril de 1978, lançassem o número O do *Jornal Lampião da Esquina*.

<sup>46</sup> GREEN, James Naylor. “**Mais amor e mais tesão**”: a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. *Caderno Pagu* n.15, 2000, p. 431.

<sup>47</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades

visibilidade do ponto de vista histórico, não só por ter sido o primeiro grupo brasileiro, por ter tido uma atuação importante ou por ter se constituído enquanto uma experiência marcante na vida as centenas das pessoas que passaram por suas atividades<sup>48</sup>.

Cabe destacar que o grupo “Somos” inicialmente, era composto exclusivamente por homens. Sua primeira aparição pública ocorreu com uma carta endereçada ao Sindicato dos Jornalistas, na qual adotava um nome provisório: Núcleo de Ação pelos Direitos dos Homossexuais. Posteriormente, em dezembro de 1978, esse grupo foi rebatizado de Somos – Grupo de Afirmação Homossexual -, mediante convite para participação numa semana de debates sobre movimentos de emancipação de grupos discriminados, a ser realizada no início do ano seguinte na USP<sup>49</sup>.

O encontro ocorreu em 06 de fevereiro de 1979, no Departamento de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo e teve como debate uma série de discussões sobre o tema de organização das “minorias” brasileiras, em referências as mulheres, os negros, os povos indígenas e os homossexuais e acabou sendo também o evento em que o movimento de gays e lésbicas do Brasil “se assumiu”<sup>50</sup>.

Somente a partir desse debate é que novos integrantes, inclusive mulheres, entram no Somos e dois novos grupos se formam: o Eros e o Libertos.

No final de 1979, começou-se a preparar intensamente o I Encontro Brasileiro de Grupos Homossexuais Organizados, que aconteceu em São Paulo, entre 4 e 6 abril de 1980<sup>51</sup>.

Contudo, anteriormente, no final do ano de 1979, foi organizado no Rio de Janeiro o I Encontro de Homossexuais Militantes, que se realizou na Associação Brasileira de Imprensa em um domingo, 16 de dezembro, das 10 às 17 horas, conforme informações do boletim do Grupo Gay da Bahia, tendo a participação de 61 pessoas dentre elas 11 lésbicas e 50 gays divididos em 9(nove) grupos.

---

coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 20

<sup>48</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

<sup>49</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 95.

<sup>50</sup> GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. Caderno Pagu n.15, 2000 p. 274.

<sup>51</sup> MATOS, op cit. p. 40.

Conforme Facchini<sup>52</sup> o I Encontro de Grupos Homossexuais Organizados – Egho, restrito a grupos homossexuais e seus convidados, e o I Encontro Brasileiro de Homossexuais – Ebho, compareceram cerca de 200 pessoas à parte fechada do encontro, o I Egho, integrantes e convidados dos grupos Auê/RJ, Somos/SP, Eros, Libertos, Somos/Sorocaba, Beijo Livre/Brasília, além de representantes de Belo Horizonte, Vitória, Goiânia, Curitiba e uma comissão de representantes do jornal Lampião. Cerca de 600 pessoas compareceram à parte aberta do I Ebho (boletim do Grupo Gay da Bahia, 1993).

MacRae<sup>53</sup> em sua tese aponta que no início dos anos de 1980 existiam cerca de 20 grupos homossexuais no Brasil. Contudo, no final de seu trabalho em 1985 aponta um declínio no movimento, restando, assim, pouquíssimos grupos em atividades.

Facchini<sup>54</sup> em sua obra destaca que a drástica redução na quantidade de grupos deu-se, entre outras coisas, pelo surgimento da epidemia da AIDS, então chamada de “peste gay”. Conforme Green<sup>55</sup> o primeiro caso de AIDS foi diagnosticado no Brasil em 1982, e a maioria dos brasileiros associou HIV e AIDS com gays ricos com recursos para viajar para os Estado Unidos e Europa. A realidade era bem diferente.

Vale destacar que, conforme Parker (*apud* GREEN)<sup>56</sup>:

A acelerada mudança da transmissão [de HIV] predominantemente homossexual e bissexual para uma transmissão heterossexual cresceu rapidamente depois da primeira década, e torna-se ainda mais marcante quando os casos de AIDS reportados são vistos durante um longo período de tempo. Enquanto os homens homossexuais representavam 46,7% e bissexuais 22,1% [dos casos], homens e mulheres heterossexuais representavam apenas 4,9% do total nacional entre 1980 e 1986. Em 1991, o número de casos reportados entre homens homossexuais caiu para 22,9% e os casos entre homens bissexuais diminuiu para 11,1%, enquanto casos reportados entre homens heterossexuais cresceu para 20,1%.

Nos primeiros anos da epidemia, a desinformação e a homofobia causaram um pânico e uma das primeiras respostas organizadas foi iniciada pelo grupo Outra

<sup>52</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 97.

<sup>53</sup> MACRAE *apud* FACCHINI Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 99.

<sup>54</sup> FACCHINI, op. cit. p. 102.

<sup>55</sup> GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays , lésbicas e travestis. Caderno Pagu n.15, 2000 . p.285.

<sup>56</sup> Idem. Ibidem.

Coisa: Ação Homossexualista, que tinha rachado com o Somos por causa de suas ligações com a esquerda, que distribuíram um panfleto nos bares gays e áreas de paquera em São Paulo, informando a “coletividade homossexual” como eles poderiam obter informações sobre a doença.

De acordo com Facchini, ocorreram os seguintes encontros: em janeiro de 1984, realizou-se em Salvador o II Ebho, convocado pelo GGB (Grupo Gay da Bahia). Para esse encontro, segundo documento do próprio GGB, foram convidados os sete grupos então existentes no país, comparecendo apenas cinco deles: Dialogay (de Sergipe), o Gatho, Grupo Libertatório Homossexual, o GGB e o Adé-Dudu (de Salvador), além de homossexuais de Maceió não organizados em grupo, totalizando cerca de 40 participantes. As deliberações foram as seguintes: luta pela despatologização e por uma legislação antidiscriminatória, legalização do casamento gay, tratamento positivo da homossexualidade na mídia e pela inclusão da educação sexual nos currículos escolares.

Contudo, destaca-se, que em 1985 havia apenas seis grupos em todo o Brasil – entre eles, o GGB e o Adé-Dudu, na Bahia, o Atobá e o Triângulo Rosa, no Rio de Janeiro, e o Galf em São Paulo. Em outubro de 1986, seriam doze grupos, e em maio de 1988, oito.

Já em janeiro de 1989, por iniciativa de Atobá/RJ, ocorreu o III Ebho, com a presença de seis grupos – Grupo de Resistência Asa Branca (Grab/CE), Dialogay (SE), GGB (BA), Comunidade Pacifista Tunker (GO), Movimento Antônio Peixoto (PE) e Atobá/RJ. Dentre as discussões, a Aids passou a ter um lugar privilegiado, a questão da violência contra os homossexuais e a necessidade de estimular a formação de novos grupos, além da discriminação religiosa.

Em janeiro de 1990, ocorria em Aracaju (SE), sob a responsabilidade do grupo Dialogay, o IV Ebho. A esse encontro compareceram o GGB (BA), o Dialogay (SE), o Atobá/RJ, o Grab (CE), o grupo Free (PI) e o Nies (Núcleo Interdisciplinar de Estudos da Sexualidade). Dentre as discussões: campanha nacional de prevenção à Aids, a denúncia de assassinatos de homossexuais proposta de formação de um conselho brasileiro de entidades organizadas de homossexuais.

Em 1991, ocorria em Recife (PE) o V Ebho. A organização ficou a cargo do Movimento Antônio Peixoto (MAP/PE), voltado para a prevenção da Aids e ao auxílio dos soropositivos. Estiveram presentes: representantes do MAP, GGB (BA, do Atobá/RJ, Rede de informação Um outro Olhar (organização formada a partir do

Galf/SP) e os futuros fundadores do Grupo Dignidade/PR (fundado no ano seguinte), além de pessoas dos estados vizinhos, como Paraíba, Rio Grande do Norte. Os temas foram: a necessidade de fortalecimento dos movimentos e as estratégias para esse fim, e a participação na luta contra a AIDS.

A partir de 1992, a quantidade de grupos presentes aos encontros nacionais volta a crescer, inclusive com a participação de grupos exclusivamente lésbicos passando a ocorrer com periodicidade anual ou bienal. O IV Ebho, realizado no Rio de Janeiro, entre 29 e 31 de maio de 1992, contou com a participação de 11 grupos: Grab (CE), Dialogay (SE), GGB (BA), MHB (PA), GGA (AM), Turma OK (RJ), Atobá/RJ, Associação Gay de Nova Iguaçu/RJ, Dignidade/PR, Rede de Informação Um Outro Olhar(SP) e Deusa Terra (SP).

O VII Eblho realizou-se em Cajamar (SP), entre os dias 4 e 7 de setembro de 1993, organizada por uma comissão formada pelos grupos GH-PT, Deusa Terra, Etcétera e Tal e Rede de Informação Um outro Olhar, e contou com a participação de 21 grupos, dentre eles: Afins (Santos), Coletivo de Feministas Lésbicas, Rede de Informação Um outro Olhar e Deusa Terra, todos da cidade de São Paulo; GL-USP (Gays e Lésbicas da USP); Etcétera e Tal; GH-PT (Grupo de Homossexuais do Partido dos Trabalhadores) e Urânia; Nuances (RS), Movimento Homossexual Diretrizes de Emancipação (MG), a presença de outras Entidades, não-identificáveis como grupos do movimento homossexual – Iser (Instituto de Estudos da Religião, ONG/RJ), Abia (Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids, ONG/Aids- RJ), Grupo pela Vida (Grupo pela Valorização, Integração e Dignidade do Doente de Aids, ONG/Aids-SP), Gapa (Grupo de Apoio e Prevenção à Aids, ONG/Aids – RJ, além dos grupos que já freqüentavam os encontros nacionais – Atobá/RJ, Dialogay (SE), Comunidade Pacifista Tunker (GO) e Dignidade (PR) e o estreante Amhor (CE).

Nesse encontro apontou a existência de aproximadamente 43 grupos homossexuais no território nacional.

A mesma autora estendendo seus comentários ressalta que o VII Eblho marcou uma mudança na denominação dos encontros nacionais, passando a incluir o termo lésbicas no nome dos encontros. Esse encontro manteve a denominação lésbicas e homossexuais; no entanto, o encontro seguinte passa a incorporar os homossexuais do sexo masculino sob a denominação *gays*.

Como plenária de discussão o VII Eblho havia tomado resoluções no sentido de: a) que a discussão de gênero (diferenças entre gays e lésbicas) seja

permanente; b) que se crie uma Comissão de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas; c) que se encaminhem ações conjuntas mais efetivas (participação do movimento em relação ao consórcio de vacinas); d) que se estabeleçam bandeiras comuns de luta para o Movimento Brasileiro de Gays e Lésbicas; e) que se efetive intercâmbio de materiais, ações, entre os grupos sobre violência; f) que os grupos de gays e lésbicas tenham algum tipo de atuação em relação ao Código Civil e Penal; g) que as ONGs de Direitos Humanos acompanhem processos (questão da impunidade) e inquéritos relativos a gays e lésbicas; h) que se crie um departamento jurídico de Direitos Humanos do movimento de Gays e Lésbicas (MBGL); i) que se utilizem os meios de comunicação de outros movimentos sociais para veicular as lutas do MBGL; j) que se socialize a mala direta de agências financiadoras; l) que gays e lésbicas participem do I Congresso de Movimentos Populares (Manual de Apoio do VIII EBGL, p.13-14). Essas deliberações traziam as marcas da participação de novos atores nos encontros dos movimentos. A referência às “discussões de gênero” e ao movimento como “Movimento Brasileiro de Gays e Lésbicas” marcava a presença mais intensa dos grupos lésbicos.

O VIII EBGL ocorreu de 28 a 31 de janeiro de 1995 em Curitiba. Estavam presentes ao encontro 84 entidades sendo 34 grupos gays ou mistos, três grupos exclusivamente lésbicos e três grupos de travestis. O VIII EBGL deixou como marca a aprovação da inclusão do termo “travestis” no nome dos próximos encontros do movimento, sendo que o primeiro encontro nacional de travestis ocorreu em 1993. Concomitantemente com VIII EBGL ocorreu o I EBGL-Aids que contou com grupos de trabalhos e oficinas sobre políticas públicas relacionadas à Aids, experiências de grupos estrangeiros e locais, prevenção para gays e lésbicas, drogas injetáveis, etc.

Quinze anos depois, no Rio de Janeiro, no Rio Palace Hotel, de 18 a 25 de junho de 1995, mais de 300 delegados representando grupos homossexuais da Ásia, Europa, das Américas e do Caribe, encontraram-se para participar da 17ª Conferência Internacional da International Lesbian and Gay Association (ILGA). A ILGA trata-se de uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, de caráter internacional e na época do evento contava com cerca de 450 grupos associados em mais de 60 países, tendo uma participação de 1.200 participantes de acordo com o Ministério da Saúde. Contudo as relações do MHB com a ILGA vinham pelo menos desde 1980, quando ainda se chamava IGA. A realização do evento ficou a cargo dos grupos Arco-Íris, Atobá, Caras & Coroas, Coletivos de

Lésbicas do Rio de Janeiro (Colerj), Instituto Superior de Estudos da Religião (Iser) e Triângulo Rosa – todos do Rio de Janeiro – e do Coletivo de Feministas Lésbicas (CFL), de São Paulo. Segundo os registros no Guia Oficial da Conferência, recebeu apoio do Ministério da Saúde, por meio do programa Nacional de DST/AIDS; da Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro por meio da Divisão de Controle de DTS/AIDS; dos Sindicatos dos Bancários e Previdenciários, ambos do Rio de Janeiro, e dos Trabalhadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Centro de Filosofia e Ciências Humanas da UFRJ; de duas ONGs internacionais ligadas à temática dos direitos humanos; de quatro empresas e de grupos/organizações brasileiros; Abia e Grupo Pela Vidda (ambas ONGs/AIDS do Rio de Janeiro); GGB (BA) e Dignidade (PR).

De acordo com Green<sup>57</sup> na cerimônia de abertura, a deputada Marta Suplicy (PT) lançou a campanha nacional pela parceria civil e por uma emenda constitucional proibindo a discriminação com base na orientação sexual. No fim de semana, dos delegados, junto com milhares de participantes e simpatizantes, encerraram a convenção celebrando o 26º aniversário da revolta *Stonewall* com uma caminhada pela Avenida Atlântica. Uma enorme faixa exigindo “Cidadania Plena para Gays, Lésbicas e Travestis” abriu a passeata. Um grupo de mulheres carregando uma faixa exigindo “Visibilidade Lésbica” se seguiu, arrancando aplausos dos observadores. *Drag queens* provocaram e paqueraram com a audiência, em cima de um ônibus escolar cor-de-rosa, a *La Priscilla* e dois caminhões emprestados pelos bancários. Muitos participantes vestiam máscaras e fantasias carnavalescas. Uma bandeira do arco-íris de 125 metros balançava ao vento. No final da passeata, participantes emocionaram-se ao cantar o hino nacional, e foram finalmente dispersados por uma chuva fina. O movimento chegou à maioria.

O IX EBGLT e o II EBGLT-Aids ocorreram de 20 a 26 de fevereiro de 1997, em São Paulo, realizados por uma comissão de grupos que, após diversos conflitos internos, ficou com a seguinte composição: Rede de Informação Um Outro Olhar, Grupo Corsa e ativistas independentes. Primeiramente o encontro estava previsto para ocorrer no Nordeste, mas, na impossibilidade de organizá-los, São Paulo

---

<sup>57</sup> GREEN, James Naylor. “**Mais amor e mais tesão**”: a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. Caderno Pagu n.15, 2000 p. 276.

assumiu a responsabilidade pela organização, tendo como comissão, a princípio, os seguintes grupos: Um Outro Olhar, Corsa, Caehusp, NGLPT e Etécetera e Tal.

É mister destacar que durante o processo de organização dos referidos encontros, surgiram vários conflitos e as relações entre os grupos foram se deteriorando. Dessa forma, o IX EBGLT foi marcado por confrontos e agressões entre grupos e entre militantes.

Os eixos temáticos foram definidos a partir de uma proposta da comissão organizadora, submetida aos outros grupos por meio da referida consulta. O IX EBGLT deveria ter cinco eixos: 1) Militância: relação do movimento GLT com outros movimentos e com a população GLT; candidaturas de GLTs e a ABGLT; 2) Visibilidade e direitos conquistados: visibilidade e sua relação com a mídia e o consumo e com a conquista de direitos; 3) Educação, Violência e preconceitos: educação sexual nas escolas como forma de combate ao preconceito; discriminação na família, na escola e no trabalho; 4) Saúde: saúde física e mental dos GLTs e como promovê-la; 5) Arte e cultura: promoção artística e produção acadêmica de GLTs sobre GLTs. Já o II EBGLT-Aids tematizou: 1) prevenção: campanhas para GLTs (grupo de risco x práticas de risco); 2) tratamento: coquetel, protocolo de vacinas, terapias alternativas; 3) política: relação ONGs/Aids e políticas públicas; discriminação e direitos das pessoas vivendo com o HIV/Aids.

Em 1998, a ABGLT listava a existência de 68 grupos/organizações do movimento homossexual em todo o Brasil. Os 68 grupos dividem-se da seguinte maneira por região do país: 4% região Norte, 12% região Centro-Oeste, 14% região Sul, 26% região Nordeste e 44% região Sudeste.

Destaca-se que o ano de 1992 significou uma grande expansão em termos quantitativos para o movimento. Os anos seguintes mostram crescimento mais regular.

Neste sentido, o reflorescimento do movimento homossexual nos anos de 1990 aponta para a importância, nesse processo, das políticas adotadas por agências estatais dedicadas ao controle da epidemia da Aids e do desenvolvimento de um mercado segmentado, afim de permitir que uma política de identidades homossexuais se torne possível.

A proliferação dos chamados movimentos libertários, estruturados de forma articulada, tem procurado a aceitação dessa nova realidade, bastando lembrar as Paradas que são realizadas em todas as partes do mundo, sendo que a maior delas,

nos últimos dois anos, é da cidade de São Paulo. Os homossexuais formam atualmente um grupo coerente, ainda marginal, mas que tomou ciência de sua própria identidade. Reivindicam seus direitos contra uma sociedade dominante que ainda não os aceita<sup>58</sup>.

Diante de tantos óbices vários movimentos se organizaram em função da defesa dos direitos dos homossexuais.

Em publicação *on line*<sup>59</sup> encontra-se registro de alguns acontecimentos e marcos importantes do movimento gay no Brasil e no mundo. Trata-se de uma cronologia do movimento gay a qual foi intitulada de “Uma trajetória contra o Preconceito”.

O site traz a informação que os homossexuais têm denunciado em seus discursos a homofobia, a discriminação à intolerância, o preconceito.

Nesse sentido, destaca-se parte do pronunciamento do Deputado Federal Marcos Rolim proferido no dia 08 de agosto de 2001 em sessão da Câmara dos Deputados em Brasília:

[...] O movimento pela livre orientação sexual no Brasil - organizado pelo trabalho de milhares de ativistas gays e por suas entidades - tem-se construído de forma alegre e esperançosa. Suas caminhadas pelo Brasil nos mostram um movimento de massas diferente de todos os demais. Um movimento onde não há espaços para o ressentimento e onde as proposições violentas são rigorosamente desconhecidas. Um movimento social organizado em nome do direito ao amor que pede aos demais não a conversão, mas o respeito. Um movimento sem os rituais do poder; sem hinos ou hierarquias. Um movimento sem autoridades, sem a sisudez da direita e sem as carrancas da esquerda. Um movimento com as cores do arco-íris, sem palavras de ordem e que questiona a ordem das palavras [...]<sup>60</sup>

Destaca-se, novamente, que o fato mais conhecido como atitude reacionária é a Parada do Orgulho Gay que tem, como já mencionado, sua origem a partir de um confronto conhecido como a “Batalha de Stonewall”. Hoje as celebrações marcam a comemoração do *Gay Pride Day* – Dia do Orgulho Gay, no mundo todo.

Tendo em vista os fatos descritos, observa-se que a bandeira levantada pelo movimento LGBT (*gays*, *lésbica*, *bissexuais*, *transexuais* e *transgênero*) diz respeito

---

<sup>58</sup> DIAS, M. B.. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p 30-31.

<sup>59</sup> Disponível em < <http://www.estoufelizassim.com.br/parada.html>>. Acesso em 28 mar. 2009.

<sup>60</sup> Idem. Ibidem.

resistência às diferentes formas de opressão e pleiteiam o reconhecimento de sua alteridade e o direito de vivenciá-la livremente.

#### 1.4 OS MOVIMENTOS HOMOSSEXUAIS E SEUS ATORES

Os movimentos identitários, pós década de 1960, também conhecidos como novos movimentos sociais, têm proposto a problematização das relações de poder que giram em torno das produções sociais das identidades e das diferenças, buscando, basicamente, o respeito aos direitos fundamentais e à liberdade dos indivíduos. Todavia, deve-se perceber que estas relações identidades/diferenças são fortemente marcadas por relações de poder e, neste sentido, a afirmação das identidades e a marcação das diferenças implicam sempre em operações de incluir e de excluir, de classificar e hierarquizar.

Para melhor compreensão do que seja um movimento social, buscamos em Gohn<sup>61</sup> uma das possibilidades de definição do que seja um movimento social:

Movimentos sociais são ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social na sociedade civil. As ações se estruturam a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em conflitos, litígios e disputas vivenciados pelo grupo na sociedade. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva para o movimento, a partir dos interesses em comum. Esta identidade é amalgamada pela força do princípio da solidariedade e construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo, em espaços coletivos não-institucionalizados. Os movimentos geram uma série de inovações nas esferas pública (estatal e não-estatal) e privada; participam direta ou indiretamente da luta política de um país, e contribuem para o desenvolvimento e a transformação da sociedade civil e política. Estas contribuições são observadas quando se realizam análises de períodos de média ou longa duração histórica, nos quais se observam os ciclos de protestos delineados. Os movimentos participam, portanto da mudança social histórica de um país e o caráter das transformações geradas poderá ser tanto progressista como conservador ou reacionário, dependendo das forças sociopolíticas a que estão articulados, em suas densas redes; e dos projetos políticos que constroem com suas ações. Eles têm como base de suporte entidades e organizações da sociedade civil e política com agendas de atuação construídas ao redor de demandas socioeconômicas ou político-culturais que abrangem as problemáticas conflituosas da sociedade onde atuam.

---

<sup>61</sup> GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 251-2

Dado o contexto desta citação, dentre tantas outras coisas é possível afirmar: a Parada Gay é uma ação sóciopolítica construída por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Também se pode dizer que suas “ações se estruturam a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em conflitos, litígios e disputas vivenciados pelo grupo na sociedade”<sup>62</sup>.

E por fim, “eles têm como base de suporte entidades e organizações da sociedade civil e política com agendas de atuação construídas ao redor de demandas socioeconômicas ou político-culturais que abrangem as problemáticas conflituosas da sociedade onde atuam”<sup>63</sup>. Um dos suportes que estão vinculados à Parada Gay são o Ministério da Saúde e o Ministério da Cultura, além de outras instituições da sociedade civil. Estes dois Ministérios são os principais financiadores da Parada Gay. As ONGs conseguem viabilizar a realização de suas paradas através de editais que são publicados.

Assim, se para o Movimento Homossexual das décadas de 1970 e 1980, afirmar-se gay ou lésbica era simplesmente motivo de orgulho e já considerado o bastante na formulação de políticas públicas específicas, isto não parece ser suficiente nos dias atuais.

Na década de 1990, foi possível assistir o reflorescimento do movimento homossexual com sua institucionalização, em muitos casos, e com uma aproximação do Estado e de organizações internacionais. A mobilização de gays e lésbicas e a solidificação de uma cultura gay teve como desdobramento a segmentação de mercado para esse público. Tal mercado especializado no público gay significa uma nova rede de infraestrutura: um circuito de casas noturnas; a mídia segmentada; festivais de cinema; agências de turismo; livrarias; programas de TV e canal a cabo; sites e lojas de roupas.

Atualmente, o movimento homossexual encontra-se sob nova estrutura social: forte presença da mídia e de outros movimentos sociais, diálogo com redes internacionais de defesa de direitos humanos, atuação junto às agências estatais, respostas diante das organizações religiosas, manifestações de dia do Orgulho Gay. Seu formato institucional é regido pelo modelo das organizações não-

---

<sup>62</sup> GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 251

<sup>63</sup> Idem. *Ibidem*.

governamentais (ONGs) em que certa infra-estrutura e organização são exigidas pela necessidade do financiamento e institucionalização.

Os autores apresentam a identidade homossexual atual, denominada LGBT, sobre bases mais porosas, cujas fronteiras estão entre a diversão, o comércio e a militância. A mobilização em torno do combate à homofobia tem estado no centro da busca por conquistas no campo dos direitos e da política, num movimento homossexual tão multifacetado, aglutinando demandas e reivindicações.

Dessa forma, insta mencionar que no dia 31 de janeiro de 1995 foi criada a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT<sup>64</sup> com 31 grupos fundadores e que congrega 220 organizações congêneres cujo objetivo é a defesa e promoção da cidadania desses segmentos da população. A ABGLT também é atuante internacionalmente e tem status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas

Hoje a ABGLT (ver ANEXO C) é a maior rede LGBT na América Latina. A missão da ABGLT é

*promover a cidadania e defender os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma democracia sem quaisquer formas de discriminação, afirmando a livre orientação sexual e identidades de gênero.*

A ABGLT vem trabalhando em parceria com o Governo Federal, sobretudo no que tange à promoção da igualdade dos direitos da população LGBT, tendo colaborado inclusive com a elaboração e implementação do Programa Brasil Sem Homofobia, e com a realização das Conferências LGBT no ano de 2008 e os atuais esforços para a implementação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT<sup>65</sup>.

Desta forma, verifica-se que mesmo existindo diversas categorias, é através da associação que todas estas categorias buscam, independentemente de suas características e particularidades, reivindicarem seus direitos políticos, sociais e jurídicos.

Verifica-se que o movimento homossexual inicialmente adotava a estratégia de indicar a seus integrantes que assumissem sua condição homossexual.

---

<sup>64</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS Disponível: <<http://www.abglt.org.br/port>>. Acesso: 25.jun. 2010.

<sup>65</sup> Idem. Acesso em 30 nov. 2010.

Posteriormente, tomou proporções maiores, através do movimento “Parada do Orgulho Gay”, que se realiza em várias cidades do país, cujo objetivo é torná-las politicamente mais potentes e abrilhantar ainda mais essas mega-manifestações de visibilidade massiva e afirmação cidadã do povo GLTBS do Brasil<sup>66</sup>.

Contudo, o movimento LGBT não é um ator isolado no contexto em que se insere e diante do público ao qual se dirige. Apesar do lugar central de estratégias de construção de identidades coletivas na atuação do movimento homossexual, que procurava reverter o estigma e depreciação social que se abatia sobre as pessoas que se relacionavam com outras do mesmo sexo, deve-se levar em conta que essas estratégias nunca se desenvolveram isoladamente, mas sempre em comunicação com outros atores sociais.

## 1.5. CULTURA HOMOSSEXUAL COMO PRODUÇÃO DE DIFERENÇA CULTURAL

As situações envolvendo a homossexualidade não são novas nem desconhecidas as injustiças decorrentes das classificações relacionadas ao sexo, à orientação sexual e às diversas expressões da sexualidade, já que ao classificá-las também passou a medicina e o direito discriminá-las.

O filósofo francês, Michel Foucault<sup>67</sup>, ao discorrer sobre a questão da sexualidade humana, com muita propriedade assinala que:

[...] não se compreenderá que uma civilização tão voltada [...] para o desenvolvimento de imensos aparelhos de produção e de destruição tenha achado tempo e infinita paciência para se interrogar com tanta ansiedade sobre o que é do sexo; talvez haja quem sorria lembrando que esses homens, que teremos sido, acreditavam que houvesse desse lado uma verdade pelo menos tão preciosa quanto a que tinham procurado na terra, nas estrelas e nas formas puras de pensamento; talvez cause surpresa a obstinação que tivemos em fingir arrancar de sua obscuridade uma sexualidade que tudo – nossos discursos, nossos hábitos, nossas instituições, nossos regulamentos, nossos saberes – trazia à plena luz e refletia com estrépito. E se perguntará por que quisemos tanto surpreender a lei do silêncio sobre o que era a mais ruidosa de nossas preocupações. O ruído, retrospectivamente, poderá parecer desmesurado, mas ainda mais estranha, nossa obstinação em descobrir nele somente a recusa de falar e a ordem de calar-se. Interrogar-se-á sobre o que pôde tornar-se tão presunçosos; por que nos atribuímos o mérito de termos, primeiro que

---

<sup>66</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS Disponível: <<http://www.abglt.org.br/port>> Acesso em: 30 nov. 2010.

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade humana**. Rio de Janeiro: Graal, 1977, vol. I. p. 147-148.

todos, emprestado ao sexo, contra toda uma moral milenar, a importância que dizemos ter e como pudemos glorificar-nos por nos termos liberado enfim, no século XX, de um tempo de longa e dura repressão – o tempo de um ascetismo cristão prolongado, desviado, avaramente, impertinente utilizado pelos imperativos da economia burguesa. E lá, onde hoje vemos a história de uma censura dificilmente suprimida, reconhecer-se-á, ao contrário, a lenta ascensão, através dos séculos, de um dispositivo complexo para nos fazer falar do sexo, para lhes dedicarmos nossa atenção e preocupação, para nos fazer acreditar na soberania de sua lei quando, de fato, somos atingidos pelos mecanismos de poder da sexualidade.

Poder-se-á dizer que localiza na obra de Michel Foucault como um marco para o debate, não só porque se afasta do modelo que pressupõe uma “força sexual” natural reprimida pela sociedade, mas também porque confere legitimidade ao campo dos estudos da sexualidade, até então pouco explorado pelas ciências sociais. No que tange especificamente à homossexualidade, Foucault localiza a construção de um ser “homossexual” no bojo de um processo de especificação de sexualidades periféricas, situado em torno do século XIX<sup>68</sup>.

Tomando a sexualidade, não como um dado da natureza que se deve revelar, mas um dispositivo histórico e, portanto, uma grande rede da superfície “em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder”, deve-se buscar nas práticas e nos discursos de uma determinada época, a compreensão de conceitos como “homossexualidade”, identidades de gênero e sexual<sup>69</sup>.

Inventada a “homossexualidade”, ela passa a ser percebida como um desvio em oposição à outra invenção do século XIX, a “heterossexualidade”, esta constituída como a norma. Todavia, é interessante notarmos que, como aponta Foucault, o próprio discurso que inventa a “homossexualidade” é apropriado por aqueles que assim são descritos, pois “não se deve imaginar um mundo do discurso dividido entre o discurso admitido e o discurso excluído, ou entre o discurso dominante e o dominado; mas, ao contrário, como uma multiplicidade de elementos discursivos

---

<sup>68</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 43.

<sup>69</sup> Idem. p. 100.

que podem entrar em estratégias diferentes”.<sup>70</sup> Neste sentido, lembra-nos o filósofo que:

[...] o aparecimento, no século XIX, na psiquiatria, na jurisprudência, e na própria literatura, de toda uma série de discursos sobre as espécies e subespécies de homossexualidade, inversão, pederastia e ‘hermafroditismo psíquico’ permitiu, certamente, um avanço bem marcado dos controles sociais nessa região de ‘perversidade; mas, também, possibilitou a constituição de um discurso ‘de reação’: a homossexualidade pôs-se a falar por si mesma, a reivindicar sua legitimidade ou sua ‘naturalidade’ e muitas vezes dentro do vocabulário e com as categorias pelas quais era desqualificada do ponto de vista médico<sup>71</sup>.

Contudo, conforme afirma Hahn<sup>72</sup> nascemos condicionados a ser humanos. Não somos predestinados ou predeterminados a ser o que somos. Não nascemos prontos e acabados. Nascemos, sim, e apenas, com condições humanas e somos postos em meio a condicionantes. É condição humana ser condicionado, o que significa que somos resultados de condições nas quais fomos e estamos inseridos, contextualizados e inscritos.

Ainda com referência no mesmo autor, cada identidade cultural construída e criada imprime perspectivas, ou seja, um conjunto de significados e significantes elaborados e comungados por um grupo humano não necessitam ser compartilhados e/ou seguidos por outro. Isso evidencia um elemento novo e fundamental: a cultura, além de ser criação sempre inacabada de um projeto humano, a partir de condições contextuais vinculadas a uma memória histórica, é construída a partir de inúmeras vozes e de perspectivas plurais.

Entre todos os grupos humanos a família desempenha um papel primordial na transmissão de cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 95.

<sup>71</sup> Idem. p. 96

<sup>72</sup> HAHN, Noli Bernnardo. Violência: construção cultural. Direitos Culturais – **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo. - VI – n 2, Junho 2007.

<sup>73</sup> LACAN, J. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, [s.p]

Para Dias<sup>74</sup> toda cultura é voltada ao modelo heterossexual, e o mundo é hostil para com os homossexuais. Assim, quando alguém se descobre homossexual acaba ficando sem referencial. A forma de compensar o isolacionismo de que são alvos os homossexuais é viver em comunidades. Ao contrário das outras minorias também objeto de discriminação, os homossexuais são as maiorias vítimas de preconceitos, pois vivem em famílias heterossexuais e dentro de uma sociedade homofóbica. Assim, o apoio que não encontram dentro de casa buscam em guetos. Daí a existência de bairros, bares e locais de encontros rotulados de espaços gays.

Desde fins do século XIX, quando da construção do homossexual como categoria médico-psicológica, até os dias de hoje, quando esta mesma categoria já assumiu uma dimensão claramente política, muito já se falou, se afirmou, se reavaliou, se proibiu, se puniu e se abriu mão no tocante à homossexualidade<sup>75</sup>.

Todavia, assim como afirma Rios<sup>76</sup> conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identidade de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz de inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos.

Insta mencionar ainda que nos anos 50 e 60 conforme afirma Green<sup>77</sup>, a construção tradicional de gêneros relacionada à homossexualidade era hierárquica e baseada em papéis sexuais. Homens que mantinham atividades sexuais com outros homens se dividiam em duas categorias: o homem “verdadeiro” e a bicha.

De acordo com o antropólogo Richard Parker (*apud* GREEN)<sup>78</sup>:

A realidade física do próprio corpo divide assim o universo sexual em dois. As diferenças anatômicas conhecidas são transformadas através da linguagem, nas categorias hierarquicamente relacionadas de gênero definido social e culturalmente: nas classes de masculino e feminino, construídas com base na percepção da diferença anatômica, é essa

<sup>74</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 43.

<sup>75</sup> MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 191.

<sup>76</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 54

<sup>77</sup> GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays, lésbicas e travestis. 2000, p. 278.

<sup>78</sup> Idem. p. 278-279.

distorção entre atividade e passividade que estrutura mais claramente as noções brasileiras de masculinidade e feminilidade, e que têm servido tradicionalmente como o princípio organizador para o mundo muito mais amplo de classificação sexual da vida brasileira atual.

Verifica-se, dessa forma, que a partir desse modelo imposto socialmente onde o homem “ativo” é aquele que penetra e a mulher aquela em que se é penetrada – “passiva”, aqueles que ousam transgredirem essas categorias heterossexuais tradicionais são estigmatizados.

Nesta perspectiva, como bem destaca Rios<sup>79</sup> relativiza-se a condição homo ou heterossexual como critério de distinção, tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ou assumir conotações diversas. De fato, a designação da condição homossexual como desviante pressupõe a definição a partir da premissa da “normalidade heterossexual, o que requer, por sua vez, a assunção do binômio heterossexual/homossexual como par conceitual fundamental para a constituição das identidades individuais<sup>80</sup>.

Deste modo, a concepção da homossexualidade como construção advoga, em última instância, a abolição das categorias homossexual/heterossexual na identificação dos sujeitos, caminho considerado apropriado para a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais<sup>81</sup>.

Cabe aqui a evocação de um aspecto relevante acerca da questão da identidade e da diferença, assim, como bem destaca Silva<sup>82</sup> a questão da identidade, da diferença e do outro é um problema social ao mesmo tempo em que é um problema pedagógico e curricular.

É um problema social porque, em um mundo heterogêneo, o encontro com o outro, com o estranho, como o diferente, é inevitável. É um problema pedagógico e curricular não apenas porque as crianças e os jovens, em uma sociedade atravessada pela diferença, forçosamente interagem com o outro no próprio espaço da escola, mas também porque a questão do outro e da diferença não pode deixar de ser matéria de preocupação pedagógica e curricular. E o problema é que esse “outro”, numa sociedade em que a identidade torna-se, cada vez mais, difusa e

---

<sup>79</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

<sup>80</sup> Idem. p. 121.

<sup>81</sup> Idem. p. 125.

<sup>82</sup> SILVA, Tomaz Tadeu da.(org). WOODARD, Kathryn. **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Tomaz 7.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p.97.

descentrada, expressa-se por meio de muitas dimensões. O outro é o outro gênero, o outro é a cor diferente, o outro é a outra sexualidade, o outro é a outra raça, o outro é a outra nacionalidade, o outro é o corpo diferente.

Assim, nessa perspectiva, a incapacidade de conviver com a diferença é fruto de sentimentos de discriminação, de preconceitos, de crenças distorcidas e de estereótipos, isto é, de imagens do outro que são fundamentalmente errôneas<sup>83</sup>.

Para Derrida, as oposições binárias não expressam uma simples divisão do mundo em duas classes simétricas: em uma oposição binária, um dos termos sempre é privilegiado, recebendo um valor positivo, enquanto o outro recebe uma carga negativa. Não é preciso dizer qual é o termo privilegiado, na oposição binária “nós”/“eles”. As relações de Identidade e Diferença ordenam-se, todas, em torno de oposições binárias: masculino/feminino, branco/negro, heterossexual/homossexual. Questionar a Identidade e a Diferença como relações de poder significa problematizar os binarismos em torno dos quais elas se organizam. Fixar uma identidade como a norma é uma das formas privilegiadas de hierarquização das identidades e das diferenças. A normalização é um dos processos mais sutis pelas quais o poder se manifesta no campo da Identidade e a Diferença. Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como o parâmetro em relação aos quais outras identidades são avaliadas e hierarquizadas. Significa atribuir a essa identidade todas as características positivas possíveis, em relação às quais as outras identidades só podem ser avaliadas de forma negativa. A identidade normal é “natural”, desejável, única. A força da identidade normal é tal que ela nem sequer é vista como uma identidade, mas simplesmente como a identidade. Paradoxalmente, são as outras identidades que são marcadas como tais. Numa sociedade em que impera a supremacia branca, por exemplo, “ser branco” não é considerado uma identidade étnica ou racial. Num mundo marcado pela hegemonia cultural estadunidense, “étnica” é a música ou a comida dos outros países. É a sexualidade homossexual que é “sexualizada”, não a heterossexual. A força homogeneizadora da identidade normal é diretamente proporcional à sua invisibilidade<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> SILVA, Tomaz Tadeu da .(org); WOODARD, Kathryn **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 7.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 98.

<sup>84</sup> Idem. p. 83

Além disso, os comportamentos masculinos e femininos são definidos pela sociedade e estão sempre em função do outro. Razão por que se pode afirmar que as mudanças sociais que envolvem as questões de gênero carecem de análise envolvendo as relações de papéis de ambos os sexos<sup>85</sup>.

Como se observa as “maiorias ou minorias” são construções sociais e somente com a abolição das categorias heterossexuais/homossexual, na identificação dos sujeitos, para haver a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais.

## **1.6 RECONHECIMENTO A PARTIR DAS DEMANDAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O movimento gay colocou em público a velha questão da justiça em termos e novas circunstâncias. Junto com muitos outros grupos sociais, também os gays passaram a reivindicar, sob o nome de direito, o respeito a sua identidade, a sua liberdade e ao tratamento não discriminatório. Esta luta teve uma história peculiar, como qualquer outro movimento, mas insere-se em um grande processo que se pode chamar de expansão da democracia e a afirmação de direitos universais<sup>86</sup>.

Na expansão da democracia incluem-se os direito às liberdade civis e políticas, cujos marcos mais salientes foram a liberdade de expressão (o fim dos delitos de opinião), a liberdade de associação (o fim dos delitos de sedição), e a extensão do sufrágio (para abranger todos os indivíduos adultos). Incluem-se também os direitos sociais, sejam eles direitos trabalhistas propriamente ditos, sejam direitos ao bem-estar e à proteção social, direitos cuja expansão se deve exclusivamente às dolorosas e sangrentas lutas das classes operárias.<sup>87</sup>

Na afirmação universal de direitos é preciso com a constituição de um sujeito universal, em quem está incorporado o valor que não pode ser trocado, e por definição não tem preço, que é a dignidade. Estas duas correntes, expansão democrática do ponto de vista institucional e a afirmação dos sujeitos do ponto de vista moral, confluem no movimento gay de forma exemplar. E é tanto mais

---

<sup>85</sup> CASTRO, Adriana Mendes de Oliveira de. et al. **Pessoa, gênero e família**: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.126-127.

<sup>86</sup> LOPES, Reinaldo de Lima Lopes. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In SOUZA, Francisco Loyola de. et al . **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p.17.

<sup>87</sup> Idem. Ibidem. .

importante quanto menos democrático e menos universalista é o contexto social em que se afirmam.<sup>88</sup>

Assim, é de uma forma problemática e não-linear e simples que o direito dos homossexuais se afirma.

Para Honneth<sup>89</sup> uma luta só pode ser caracterizada de “social” na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar base de um movimento coletivo.

Seguindo ainda o mesmo autor trata-se do processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.

No que se refere ao movimento homossexual propriamente dito o movimento se iniciou como um projeto de promoção da auto-estima de homossexuais e, paulatinamente, se fortaleceu, ganhando adesões e passando a merecer respeito de uma maior parte da população, seja em decorrência de posicionamentos da comunidade científica, seja por uma abordagem menos preconceituosa dos meios de comunicação. Após o advento da AIDS, o movimento passou a ter um relacionamento mais estreito com o Estado, sobretudo por intermédio do Ministério da Saúde.

Assim, pelas próprias características do movimento homossexual, a sua demanda principal não decorre da luta de classes. Dentre os dilemas propostos por Fraser redistribuição ou reconhecimento – percebe-se que o móvel da luta do movimento homossexual é o reconhecimento da diferença.

Para Fraser<sup>90</sup> o reconhecimento é uma questão de estatuto social. O que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de plenos direito na interação social.

---

<sup>88</sup> LOPES, Reinaldo de Lima Lopes. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In SOUZA, Francisco Loyola de. et al . **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p.17..

<sup>89</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais; tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 256.

<sup>90</sup> FRASER, Nancy. A justiça social na globalização. Redistribuição, reconhecimento e participação. In CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS. **Colóquio “Globalização: Fatalidade ou Utopia?”**. Conferência de Abertura. Coimbra, 22-23 fev. 2002. [s.p].

Seguindo ainda o raciocínio da mesma autora a reparação desta injustiça requer uma política de reconhecimento, mas isto não significa uma política de identidade. No modelo de estatuto, pelo contrário, significa uma política que visa superar a subordinação através da instituição da parte reconhecida distorcidamente como membro pleno da sociedade, capaz de participar ao mesmo nível dos outros.

Contudo para Lopes<sup>91</sup> ao falar de direito de reconhecimento estar-se-á falando de algo ligeiramente diferente do respeito devido a cada indivíduo, debaixo das regras democráticas universais de tolerância e liberdade. É certo que o fundamento último do direito ao reconhecimento, ou direito à diferença como dizem alguns, é o direito subjetivo universal de liberdade. Tem razão Sérgio Paulo Roaunet quando afirma que a defesa de certos grupos funda-se na defesa do direito dos indivíduos daquele grupo de conduzirem suas vidas, de serem tratados como seres humanos independentemente de pertencerem àquele grupo.

O mesmo autor estendendo seus comentários diz que o reconhecimento pode significar a valorização positiva de certa identidade. Nestes termos, o direito do indivíduo não é apenas o de ser tratado como todos os outros e para isto ter que provar que é exatamente igual aos outros, mas ver sua diferença específica positivamente valorizada, ou, não desrespeitada. O direito ao reconhecimento, neste momento, adquire o aspecto distributivo que mencionei, já que esta identidade não é exclusiva de um indivíduo, mas pertence ao grupo. Este bem comum (uma identidade) é que merece o respeito público.

Dito de outra maneira Taylor<sup>92</sup> diz que a tese consiste no fato de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto podem afetar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe.

---

<sup>91</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de. et al. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 29.

<sup>92</sup> TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, CHARLES **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, [s.p].

Com uma reconstrução histórica, o autor assinala a crescente importância que vem ganhando a discussão acerca de reconhecimento quando se trata da mudança de valores operados na transição das sociedades monárquicas, nas quais era importante a honra (no sentido de distinção), para as sociedades democráticas, nas quais a dignidade, como um valor a ser alcançado por todos os seres humanos indistintamente, assume o lugar da honra (que só tinha sentido se fosse alcançada por alguns poucos privilegiados).

Taylor<sup>93</sup> localiza no século XVIII o surgimento da construção de uma identidade individual, a qual se baseia na concepção de que “os seres humanos são dotados de um sentido moral”. Essa concepção gera o compromisso de que a pessoa deve ser verdadeira consigo mesma, com a sua própria maneira de ser, ou seja, deve ser autêntica.

Fraser<sup>94</sup> alinha a luta homossexual à demanda por reconhecimento, pois entende que “gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam os heterossexuais”, e sofrem, por conseguinte, de todas as “negações fundamentais de reconhecimento”, pois além de não contarem com proteção igual e direitos legais, ainda estão expostos a situações humilhantes e vergonhosas, a violências e a molestações. A autora, porém, não restringe a demanda de gays e lésbicas ao reconhecimento, pois frisa que eles e elas estão sujeitos a cerceamentos de ordem econômica, uma vez que ainda não podem contar com benefícios da previdência garantidos a casais heterossexuais, e estão sujeitos, por exemplo, à perda do emprego, em virtude da orientação sexual.

Segundo Fraser, as demandas de homossexuais estão alinhadas ao reconhecimento, pois até mesmo as restrições econômicas a eles impostas estão fundadas em “uma estrutura cultural-valorativa injusta”.

Fraser aponta duas soluções para o reconhecimento de homossexuais: a primeira, de caráter afirmativo, consiste na implementação de políticas de identidade gay, nas quais a homossexualidade seja tratada “como uma positividade cultural, com seu conteúdo substantivo próprio”, e a segunda, de caráter transformativo, refere-se à política homossexual (ou *queer politics*), que vai além, e tem o fito de

---

<sup>93</sup> TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 50.

<sup>94</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 257-262.

desconstruir a relação binária homossexual versus heterossexual a qual, em vez de afirmar a identidade gay, desestabiliza qualquer identidade fundada no sexo.

Para Touraine:<sup>95</sup>

[...] movimento social só é útil se permitir pôr em evidência a existência dum tipo muito particular de ação coletiva, aquele tipo pelo qual uma categoria social, sempre particular, questiona uma forma de dominação social, simultaneamente particular e geral, invocando contra ela valores e orientações gerais da sociedade, que ela partilha com seu adversário, para privar este de legitimidade.

Touraine<sup>96</sup> enfatiza ainda a importância do ator, ao afirmar que

os novos movimentos sociais rejeitam toda identificação a uma categoria social; apelam para o próprio sujeito, para sua dignidade ou sua auto-estima como força de combinação de papéis instrumentais e de individualidade. Isto supõe o reconhecimento da especificidade psicológica e cultural de cada um.

De acordo com a classificação do autor, pode-se afirmar que o movimento homossexual é cultural e também moral, pois, além de mover suas ações com o intuito de afirmar e defender os direitos e liberdades do sujeito, ele apresenta caráter mais afirmativo que contestatório e também desprendido de instrumentos políticos e de aparelhos ideológicos, posto que se foca na liberdade do sujeito e na defesa de sua identidade.

A relevância do ator ou agente, no discurso e na ação, foi tratada por Arendt que vê como condição, tanto da ação como do discurso, o duplo aspecto da igualdade e da diferença. A igualdade possibilita que os homens se compreendam, e a diferença, que são necessários o discurso e a ação para que o homem possa se comunicar a si próprio, isto é, comunicar a sua singularidade. A autora vai além, ao considerar que, por meio de palavras e de atos, o homem se insere no mundo humano, como se ocorresse um segundo nascimento. Para Arendt<sup>97</sup>

se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais [e ainda,] na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas

<sup>95</sup> TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?** iguais e diferentes. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 113

<sup>96</sup> Idem. p. 129.

<sup>97</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001 p. 191-192)

identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano.

Dessa forma, Lopes<sup>98</sup> destaca que a distinção feita por Nancy Fraser entre direitos de distribuição e direitos reconhecimento é bastante importante, uma vez que gays e lésbicas, assim como minorias nacionais e culturais, pedem direito ao reconhecimento.

Seguindo ainda o autor supracitado, o mesmo menciona que os direitos de reconhecimento partem dos seguintes pontos:

- a) Que existem na sociedade grupos estigmatizados;
- b) Que os estigmas são produtos institucionais e históricos e não cósmicos
- c) Que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade;
- d) Que as pessoas que pertencem a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou negativa de um bem imaterial (não mercantil nem mercantilizável), mas básico, que é o respeito e o auto-respeito;
- e) Que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária dor, sofrimento, violência e desrespeito;
- f) Que os membros de uma sociedade, para inda continuarem a ser membros desta sociedade, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes.

Contudo, se os estigmas são produzidos socialmente, alguns podem objetar que o direito seria impotente contra estes preconceitos de caráter social e cultural. E que o máximo que se pode fazer é eventualmente apenar as condutas que geram violência sobre as pessoas pertencentes ao grupo estigmatizado. Esta objeção não se sustenta, nem em termos jurídicos, nem em termos históricos, visto que várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito, como por exemplo, os seguintes grupos: as mulheres, em parte os negros, os portadores de necessidades especiais, os estrangeiros.<sup>99</sup>

Destaca-se que do ponto de vista da cultura majoritária, tais grupos são inferiorizados e as formas de inferiorização eram respaldadas pelo direito.

Porém, há como o direito promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas a grupos estigmatizados através da mobilização de algumas instituições jurídicas por meio da ação coletiva ou ação civil pública.

---

<sup>98</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de. et al. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 18

<sup>99</sup> Idem. p. 19

No capítulo seguinte deste trabalho, far-se-á uma análise constitucional sobre os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, pluralidade de forma de família, afetividade e liberdade, visto constituírem-se nos principais vetores do Estado Democrático de Direito

## **2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO VETORES PARA O RECONHECIMENTO DOS HOMOSSEXUAIS SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Ao abordar a questão homossexual, sob o ângulo jurídico, necessariamente haverá-se de valorizar, de forma abrangente, todos os aspectos que envolvem a temática. Na verdade, a busca transcende o reconhecimento de direito civis, patrimoniais, previdenciários, tributários, etc. Muito mais que isso, o tema propõe uma análise percuciente, onde destacam, primeiramente, sua íntima e direta ligação com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais. É nessa trilha que este capítulo traça seu percurso de reflexão.

A Constituição Federal de 1988, como instrumento de um Estado Democrático de Direito, enuncia os direitos e liberdades fundamentais, consagrando, de maneira especial, a liberdade e a igualdade, sem os quais não seria possível sustentar a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, um Estado Democrático de Direito não deve desprezar os princípios fundamentais, servindo sua lei maior para assegurar a realização dos direitos e liberdades fundamentais, garantias estas que cada vez mais enseja desdobramentos, em face da ampliada visão dos direitos humanos.

No primeiro capítulo viu-se que no decurso histórico dos movimentos homossexuais durante muitos anos essa luta não era sequer considerada. Só recentemente, e de forma reservada a homossexualidade começou a merecer maior atenção. Parece que um dos principais entraves à absorção da idéia, situa-se numa visão relativizada, fragmentada, onde a questão discriminatória e seus consectários há de preocupar tão-somente os homossexuais, como se esse direito não interessasse a mais ninguém.

Neste momento, torna-se interessante observar o que foi dito pelo Promotor de Justiça no Estado de Sergipe Antônio Carlos Nascimento Santos no prefácio à obra de Jussara Maria Moreno Jacintho acerca da questão quando menciona que nada mais constrangedor para um país que se diz democrático e de direito, do que a constante violação de postulados básicos da ordem jurídica nacional, seja pelos poderes constituídos, seja pelas instituições da sociedade. E neste aspecto, nada mais promissor do que a divulgação dessas novas teorias da interpretação constitucional, que viabiliza não apenas uma releitura da Constituição de 1988,

assim como consolida o princípio da dignidade humana, não só como um valor a direcionar as interpretações constitucionais, mas também como direito fundamental, cujo núcleo essencial se apresenta perfeitamente distinguível, cuja valoração enseja a mesma defesa que outros direitos fundamentais de tradição jurídica mais consolidada.

Na mesma linha Dias<sup>100</sup> menciona que a onipotência do Estado tem limites, e as normas constitucionais devem adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela comunidade a que a Carta Política deve servir. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão. No direito brasileiro, vigora o princípio da unidade da Constituição, que determina que eventuais disparates encontráveis no texto constitucional devam ser sanados através de técnicas que envolvam pronúncia de nulidade. Assim, a Constituição deve ser interpretada na sua globalidade, procurando evitar confronto entre suas normas, as chamadas antinomias, no dizer de Canotilho<sup>101</sup>. A Constituição deve ser interpretada pela sua globalização, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais.

Importante também destacar o que adverte Gomes<sup>102</sup> ao mencionar que felizmente a Constituição de 1988 fornece as bases mínimas para a consolidação do novo paradigma jurídico-familiar, restado à própria sociedade o exercício de sua constante adequação e atualização aos condicionamentos e dilemas cotidianos.

Dessa forma, os princípios constitucionais são os instrumentos para a catalisação destas mudanças garantindo aos cidadãos direitos positivos, não se limitando apenas a direitos negativos, através de uma intervenção do Estado na sociedade, proporcionando maior liberdade através da igualdade. Sem deixar de mencionar que a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais, pois um Estado

---

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79.

<sup>101</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 105.

<sup>102</sup> GOMES, Renata Raupp. **A Construção do novo paradigma jurídico familiar na ordem constitucional de 1988**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 115.

inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, será agente da intolerância e da não inclusão social.

Cabe neste momento o alerta de Dias<sup>103</sup> que menciona que subtrair juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não se comporta no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Seguindo ainda o raciocínio da mesma autora está na hora de o Estado – que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar juridicidade aos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social à proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade.

Dessa forma, como destaca Barroso<sup>104</sup> os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do direito.

O mesmo autor estendendo seus comentários menciona que um Estado Democrático de Direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como igualmente, deve propiciar condições objetivas para que esta escolha possam se concretizar.

Além disso, como bem menciona Arenhart<sup>105</sup>, um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito concerne à inclusão das minorias, com seus respectivos anseios, no estatuto da cidadania. O Estado Democrático de Direito requer a “conformação das diferenças, abrindo espaço para as reivindicações das minorias com base na igualdade de todos e com sustentação no princípio constitucional da dignidade humana intrínseca a todas as pessoas” Girardi<sup>106</sup>. Para tornar efetivo o Estado Democrático de Direito, “no qual há espaço para as minorias e para a

---

<sup>103</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.82.

<sup>104</sup> BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 671.

<sup>105</sup> ARENHART, Livio Osvaldo. Os Direitos dos Homossexuais numa Perspectiva Intercultural, Ética e Jurídica. In: TEDESCHI, Losandro; RAMOS, Antônio Dari; KNAPP, Cássio; FERREIRA, Bruno (Org.s). **Abordagens Interculturais**. Santo Ângelo: Núcleo de Assessoria e Estudos Interculturais da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santo Ângelo. Porto Alegre: Martins Livreiro-Editor, 2008. p.143-160.

<sup>106</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79.

pluralidade social, o tratamento isonômico, visto sob sua aplicação concreta, deve excluir o nivelamento automático entre pessoas diversas e respeitar as diferenças” Girardi<sup>107</sup>. Para evitar tratamentos desiguais incompatíveis com a universalidade do princípio da igualdade, os ordenamentos jurídicos democráticos proíbem expressamente a adoção de critérios de diferenciação, a exemplo do art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, Rios<sup>108</sup>. A cláusula constitucional que proíbe discriminações refere-se aos “fatores que, durante a história, foram utilizados mais freqüentemente como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a proibição de outras discriminações arbitrárias” Rios<sup>109</sup>.

Ao enfrentar a questão homossexual, sob o prisma jurídico, necessariamente, ocorrerá uma valorização, de forma abrangente, de todos os aspectos que envolvem essa temática.

Dessa forma, vale repisar-se as sábias palavras de Habermas<sup>110</sup>, atualmente o principal expoente para a fundamentação do Estado Democrático de Direito, na obra *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, define o Estado Democrático de Direito, como sendo constituído pela conexão interna entre direito e política, formado por normas garantidoras de liberdades, e dotadas de legitimidade, normas que garantam, a cada pessoa, direitos iguais.

Para a construção de um conceito de justiça no Estado Democrático de Direito todas as pessoas devem participar, discursivamente, expondo seus interesses, aspirações.

El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y – ésta es al menos su pretensión –garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con La pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiales de um legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídica por igual.

---

<sup>107</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.79.

<sup>108</sup> RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

<sup>109</sup> Idem. p. 44-45.

<sup>110</sup> HABERMAS, Jürgen. **Factidad y validez**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p.645.

Seguindo o estudo do tema, no contexto constitucional, inicia-se pela apreciação do art. 1º, inc.III, que trata dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, na tutela e preservação da dignidade, que é um dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito em que todos são iguais perante a lei e todos estão obrigados a cumpri-la, segundo a Constituição. A Constituição Federal identifica como objetivo principal da República Federativa do Brasil<sup>111</sup>, promover o bem de todos, sem preconceito de sexo. Todavia, silencia acerca da discriminação por orientação sexual.

Vale destacar, que a grande conquista do Estado Democrático de Direito é o elevado grau de autonomia que o direito conquistou. Deste modo, o direito não é dependente da moral, pois a moral está institucionalizada na Lei. Portanto, o direito não pode depender de discursos que se pretendem a ele sobrepôr. Além disso, um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade da pessoa, não pode chancelar distinções baseadas em características individuais<sup>112</sup>.

De outro lado, a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral, pois o respeito aos direitos humanos fundamentais, é pedra angular na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, em sua dimensão biológica, e social inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, pois o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade e no desenvolvimento da auto-estima, constitui-se um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar.

Sabe-se que o não-reconhecimento, a exclusão, e estigmatização levam muitas pessoas, e no caso em tela, muitos homossexuais, a negarem sua própria identidade causando um grande sofrimento pessoal.

---

<sup>111</sup> BRASIL, Constituição Federal, artigo 3º, inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 154.

Dessa forma, não existe dúvida sobre a importante ligação do princípio da dignidade humana e o direito a livre orientação sexual, pois esse mandamento constitucional impede, peremptoriamente, qualquer forma de tratamento degradante ou que vise degradar qualquer indivíduo, seja ele, heterossexual ou homossexual.

O homossexual é um cidadão como outro qualquer, sujeito de direitos e obrigações e que, embora siga orientação sexual distinta da grande maioria, busca a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Além disso, identidade de uma pessoa não se define apenas por seu comportamento sexual. A compreensão de identidade sexual é básica para a compreensão do comportamento humano<sup>113</sup>.

Devido a tais fatores, se faz necessária a desconstrução dos papéis já estigmatizados socialmente. Impera-se para isso, a luta pelo reconhecimento dos homossexuais no âmbito do sistema jurídico e social.

Sarlet<sup>114</sup> ao fazer a compreensão prévia do significado e do conteúdo do princípio da Dignidade da pessoa humana, segundo ele a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã.

Ele assim relata:

[...] não restam dúvidas de que a dignidade é algo real já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida. Além disso, a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer os contornos básicos do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar em uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita.

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que se reconhecer, no entanto, que o conteúdo do conceito dignidade da pessoa humana, carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais.

---

<sup>113</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 103.

Cumpra salientar que a dignidade, como característica intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

Além disso, há um sentido unitário e positivo da palavra "dignidade": 1) valor-pessoa (por oposição a valor-preço das mercadorias); 2) autonomia, ou, autodeterminação, ou, autogoverno, ou, ser fim em si mesmo (por oposição a ser usado como mero meio para a realização dos projetos dos outros).

O fato de todos os seres humanos serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum de todos os homens e que expressa em que consiste sua igualdade.

Para, além disso, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade, a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser submetidos a discriminação racial, e por motivo de sexo. Também a garantia da identidade pessoal do indivíduo, constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim de tudo o que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A qualificação da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, da Constituição, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético/moral, mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética, já apontada, em valor fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Destaca-se que o alicerce da discriminação é o gênero, ou seja, a preferência do indivíduo por pessoa do mesmo sexo. O termo orientação sexual indica qual o gênero (masculino/feminino) que uma pessoa se sente atraída fisicamente ou emocionalmente.

Ocorre, porém, que um Estado Democrático de Direito deve assegurar a todos os indivíduos o seu direito de escolha entre as diversas alternativas possíveis, como, igualmente, deve proporcionar condições para que estas escolhas possam se concretizar.

Destaca-se assim, a importância dada através dos tempos à dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade em si, não existe somente quando é reconhecida pelo Direito. Ela é inerente à pessoa humana intrinsecamente, sem distinção nem do maior criminoso, pois mesmo assim, sua dignidade é considerada igual a de todas as outras pessoas.

Juridicamente é importante protegê-la e promovê-la, necessitando, portanto, uma definição, para que se possa constar e coibir eventuais violações<sup>115</sup>.

O autor considera a relevância do pensamento Kantiano, revitalizado e universalizado pelo art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos onde “todos são iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para como os outros em espírito e fraternidade”<sup>116</sup>, e exalta também o pensamento de Durig (*apud* SARLET)<sup>117</sup> que comenta a dignidade da pessoa humana consistente no fato de que:

Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.

Inobstante, poder-se-ia entender que quem não tem capacidade para se autodeterminar perde o direito à dignidade, mas não é isso que ocorre na realidade, pois internamente, ninguém nunca perde sua dignidade.

Em Kant<sup>118</sup>, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que “o homem e, de maneira geral, todo ser racional, existe com fim em si mesmo, e não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Conseqüentemente, ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. A Constituição Federal de 1988 diz que a dignidade pessoa humana é fundamento

---

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 43.

<sup>116</sup> Idem. p. 44.

<sup>117</sup> Idem. p. 45.

<sup>118</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Clarte, 2002, p. 59.

da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não as pessoas em função do Estado.

Como dito anteriormente, o Estado Democrático de Direito possui dupla responsabilidade: a primeira é a de cumprir a lei; a segunda é assegurar os direitos e garantias fundamentais, pois a partir do momento em que os consagra como valores primordiais, o Estado torna-se o maior responsável pela concretização desses direitos. Portanto, não basta apenas existirem leis, mas sim, ordenações estatais que se direcionem para a efetividade das necessidades sociais.

Portanto, sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, é de se requerer do judiciário, decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

Assim, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não deve se apegar a concepções particulares sejam elas de ordem religiosa, política ou moral.

Nesta esfera também, em um Estado Democrático de Direito, injustiça significa primariamente limitação da liberdade e atentado à dignidade humana e que se manifesta, também, através do desrespeito à norma que proíbe a discriminação por motivo de sexo.

A propósito, escreve Barroso<sup>119</sup>:

Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”. [...] Antiguidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desprezo.

Reconhece-se, contudo, que aos poucos os tempos estão mudando, pois através das reivindicações levadas a juízo, conseguiram eles, assegurar alguns direitos, como através da Lei Maria da Penha, que estabeleceu às mulheres,

---

<sup>119</sup>, BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 663.

independente da orientação sexual, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, as diversas decisões judiciais reconhecendo os mesmos direitos aplicados as relações heterossexuais, bem como os benefícios previdenciários.

É importante também tecer alguns comentários a respeito aos direitos de liberdade. A liberdade deve ser tomada no sentido de agir sem interferência de quem quer que seja, nas escolhas e nos exercícios da vida privada de cada indivíduo.

Nesse contexto, em razão do princípio da igualdade, não se pode permitir tratamento discriminatório em relação a pessoas que tenham orientação sexual diversa daquela predominante da sociedade. Contudo, proclamar a possibilidade de tratamento igualitário àqueles que estejam orientados sexualmente para o mesmo gênero não basta. É necessário que tal garantia seja judicialmente assegurada.

Assim, a questão do reconhecimento dos direitos e da identidade dos grupos minoritários é um dos elementos fundamentais para a consolidação e ampliação da democracia.

Como se vê, as minorias continuam vivendo sem que seus direitos sejam efetivamente respeitados, lutando para que sejam reconhecidos pela sociedade como “iguais”.

Contudo, é possível constatar que a reivindicação do reconhecimento da homossexualidade em si, como bem destaca Girardi<sup>120</sup>, não diz respeito simplesmente aos anseios de uma minoria social, mas sim da re colocação conceitual do sujeito de direito visto na contemporaneidade, pois o reconhecimento da tutela jurídica da orientação sexual, do direito a exercer livremente sua sexualidade, conforma-se com a exigência atual da evolução dos direitos de personalidade do homem. Ou seja, diz respeito à pauta de direitos em que a pessoa humana e todo o seu potencial existencial sejam realizados e tutelados pelo Estado via reconhecimento jurídico. A inserção jurídica da homossexualidade possibilita a retirada desses sujeitos da esfera marginal da sociedade, pois a legalidade imprime uma qualificação aos fatos jurídicos, dotando-os de maior aceitação pelo grupo social aos quais correspondem.

De uma forma ou de outra a opção sexual não deve ser elemento depreciativo ou valorativo para a (des) qualificação de uma pessoa. Dessa forma, a

---

<sup>120</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 60.

exteriorização pública da opção sexual simplesmente não deve ser motivo de discriminação, distinção dos demais cidadãos.

Destacando ainda, que a justiça no Estado Democrático de Direito não é utilitarista, não devendo produzir efeitos positivos para o maior número de pessoas, ela deve sim, considerar a todas as pessoas indistintamente, não desprezando nenhum ser humano, produzindo efeitos para todos.

## 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com Barroso<sup>121</sup> o princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas.

A Constituição brasileira de 1988 abrigou-se expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade.

Assim, o princípio fundamental da proteção da dignidade da pessoa humana está enunciado no artigo 1º, inciso III, art. 170, III e art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Segundo Jacintho<sup>122</sup> a dignidade da pessoa humana, hoje, não é mais um conceito transcendental, expressão de uma necessidade metafísica. Expressa isto sim, uma imprescindibilidade da condição humana. A sua concretização é uma imposição dos tempos atuais do grau de desenvolvimento das sociedades, do nível de aprofundamento da investigação científica a que se propõe a nascente dogmática dos direitos fundamentais.

Sobre a dignidade da pessoa humana, o jurista Prof. Dr. Paulo Bonavides, no prefácio (1ª edição) à obra do Professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>123</sup>, expõe a questão da seguinte maneira:

---

<sup>121</sup>BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 680.

<sup>122</sup>JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p.25.

<sup>123</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p.17

Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana. A unidade da Constituição, na melhor doutrina constitucionalista contemporâneo, só se traduz compreensivelmente quando tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor.

A dignidade da pessoa humana é uma característica inerente ao indivíduo, não podendo, desta forma, dele ser separado, por ser um elemento que qualifica o ser humano como tal.

Em obra específica sobre o tema, Sarlet<sup>124</sup>, conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade humana é um valor supremo que acompanha o homem até a sua morte, por ser da essência da pessoa humana: não admite nenhum tipo de discriminação e não garantida se a pessoa é humilhada, perseguida ou depreciada. O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana reúne, indispensavelmente, o respeito e a proteção à integridade física e corporal do indivíduo e, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito.

Sobre o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, o magistrado Rios<sup>125</sup> explicita:

O princípio jurídico da proteção da dignidade humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p.60

<sup>125</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 89.

realização de outros fins. Sucintamente indicado o conteúdo do princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana, deve-se prosseguir investigando sua abrangência no que respeita à orientação sexual.

É exigido constitucionalmente, devido ao enunciado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o respeito, sem discriminação, ao perfil e conduta individual de cada pessoa. Assim, deve-se não discriminar por sua orientação sexual, pois isto diz respeito às suas características individuais formadoras de sua identidade. Aceitar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um indivíduo, em virtude de sua orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano.

Não é possível ignorar a condição pessoal do indivíduo, na qual deve se incluir a orientação sexual, como se tal aspecto não tivesse ligação com a dignidade humana.

O respeito à orientação sexual do indivíduo – que faz parte de sua individualidade é fundamental para a confirmação da dignidade humana, não podendo ser aceito, juridicamente, que certos preconceitos tornem possível a negação de direitos e o fortalecimento de estigmas sociais.

A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de um indivíduo se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou serve como empecilho, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor e respeito, descaracterizando-a como tal.

Para Dias<sup>126</sup> qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, sendo fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.

Nas palavras de Axel Honneth<sup>127</sup>,

---

<sup>126</sup>DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 82.

<sup>127</sup>HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2003, p. 217-218.

A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de ar com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.

Já para Sarmento<sup>128</sup> quando se quer proteger e se quer emancipar os grupos que são vítimas de preconceitos, torna-se necessário travar o combate em dois fronts: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra as injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

O mesmo autor estendendo seus comentários acredita que como a homossexualidade está distribuída homoganeamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma consequência da falta de reconhecimento, e não ao contrário.

Neste sentido, Fraser<sup>129</sup> salientou:

Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disto está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade. Ao terem a sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestaçã, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm os benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta.

---

<sup>128</sup>SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s).

**Igualdade, Diferença e Direitos humanos.** Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 645.

<sup>129</sup>FRASER, Nancy. “Da distribuição ao Reconhecimento? Dilemas na Era Pós-Socialista”. In: Jessé de Souza (org). **A Democracia de Hoje.** Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 257-258.

Dessa forma, o não-reconhecimento e a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade<sup>130</sup>.

### 2.1.1. *Dignidade: o vértice do Estado Democrático de Direito*

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história, e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica<sup>131</sup>.

Com o intuito de conceituá-la recorre-se à lição do jurista Ingo Sarlet (*apud* JACINTHO)<sup>132</sup> que conceituou a dignidade como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Já Jacintho<sup>133</sup> define dignidade como sendo:

Irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Segundo Camargo<sup>134</sup> toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na

<sup>130</sup>SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s).

**Igualdade, Diferença e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 645

<sup>131</sup>NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.366.

<sup>132</sup>JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 41.

<sup>133</sup>Idem. p. 35.

<sup>134</sup>CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27-28.

natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, da inteligência, saúde mental, ou crença religiosa.

Para Barroso<sup>135</sup> a dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem.

Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.

Segundo o autor supracitado é impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. A não-atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade da pessoa humana.

Conforme Cunha<sup>136</sup> o princípio da dignidade humana é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneo. Impossível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito.

---

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 680.

<sup>136</sup> CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

Nesse momento, válido repisarem-se as sabias palavras de Perelman<sup>137</sup> que a respeito do tema menciona:

[...] se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estado moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.

[...] Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.

Desse modo, é fundamental que se compreenda que o pressuposto para reconhecimento do outro tem como marco a dignidade da pessoa humana, ou seja, o reconhecimento enquanto ser humano e, como bem enfatizado por Barroso<sup>138</sup> atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (*do self*) e no desenvolvimento de auto-estima.

Além disso, como bem colocado por Nunes<sup>139</sup>, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.

O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana<sup>140</sup>

<sup>137</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400 e s.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 682.

<sup>139</sup> NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.p.369

<sup>140</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 148.

Porém, é importante também ressaltar que ter direitos nos capacita a ‘manter-nos como homens’, a olhar os outros nos olhos e nos sentir, de maneira fundamental, iguais a qualquer um. Considerar-se portador de direitos não é ter orgulho infundado, mas justificado, é ter aquele auto-respeito mínimo, necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, “o respeito por pessoas, pode ser simplesmente o respeito por seus direitos, de modo que não pode haver um sem o outro; e o que se chama de ‘dignidade humana’ pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de afirmar pretensões” (Feinberg)<sup>141</sup>.

O tema ora tratado volta-se essencialmente à defesa dos valores pessoais. Sob esse ponto de vista, a discriminação em não se reconhecer uma relação afetiva entre sujeitos, devido à sua orientação sexual contrária à dignidade da pessoa humana.

### **2.1.2 A dignidade em Kant**

A Constituição Federal de 1988 efetivamente alterou a concepção do Estado brasileiro nos mais diversos aspectos, mudando paradigmas da ordem jurídica que a antecedeu. No seu preâmbulo exprime as principais características do texto constitucional: a formação de um Estado democrático, garantidor de direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna sem preconceitos. No seu artigo 1º designa como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Contudo, não diz o que significa dignidade, apenas indica como um dos princípios constitucionais. Assim, a importância do estudo da filosofia de Immanuel Kant acerca do tema.

A concepção de dignidade para Kant parte da autonomia ética do ser humano, considerando-a como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup>HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p.196.

<sup>142</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 35.

Segundo Pereira<sup>143</sup> a expressão “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição Kantiana no começo do século XIX. Não é, diretamente, uma criação de Kant. Em sua fundamentação da metafísica dos costumes (1785), ao argumentar que havia em cada homem um mesmo valor por causa da sua razão, empregou a expressão “dignidade da natureza humana”, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano.

Construindo sua concepção, a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que o Homem, e, de uma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirige a outros serem racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim...<sup>144</sup>

Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade...<sup>145</sup>

Kant afirma de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado em um instrumento para a ação de outrem. Embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins ou determinadas ações e, embora também não seja incomum historicamente que os próprios serem humanos, sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige que o homem não se torne instrumento da ação ou da vontade de quem quer que seja.

---

<sup>143</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p.68-69.

<sup>144</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 35-36.

<sup>145</sup> Idem. p.36.

Em outras palavras, os homens tendem a fazer dos outros homens instrumentos ou meios para suas próprias vontades ou fins, isso é uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa. Ao tratar disso na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant é explícito em seus termos. O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação específica ao próprio homem: pessoa.

Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dela pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade<sup>146</sup>.

Na mesma linha, comentando essa visão kantiana Carmen Lúcia Antunes Rocha, em seu texto O princípio da dignidade humana e a exclusão social, explica:

Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar, até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado, daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há de valer-se para a obtenção de uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprimindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado<sup>147</sup>.

Jussara Maria Moreno Jacintho<sup>148</sup>, em seu livro Dignidade Humana – Princípio Constitucional comenta a doutrina de Kant, em sua Fundamentação para a Metafísica dos Costumes, o qual assevera:

O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou

<sup>146</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 69.

<sup>147</sup>JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.

<sup>148</sup>Idem. p. 30-31.

daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade de nossa vontade, mas da natureza têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio.

E mais adiante Jacintho<sup>149</sup> afirma ainda:

[...] A natureza racional existe como um fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é, portanto, simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto da tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.

Outro destaque importante é no que se refere ao amor, pois na ética kantiana esse depende da noção de respeito que é o tratamento devido por cada ser humano a cada outro ser humano de forma impessoal (pois não procede da afeição) e universal (pois se dirige a qualquer um). O respeito, por sua vez, depende da noção mais fundamental do valor intrínseco de cada ser humano, sumariado no conceito de dignidade: cada ser humano deve ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, não como uma coisa que se coloca diante de mim como um obstáculo. Por isso há na ética kantiana um potencial para a reflexividade e a intersubjetividade<sup>150</sup>.

Ainda para Lopes<sup>151</sup> a fórmula kantiana da expressão dignidade é: o valor de cada ser humano que não pode ser trocado por nada, não pode ser comprado por nada e não pode ser instrumento de nada. Nenhum ser humano pode ser usado por outro ou pela coletividade e não pode ser usado nem mesmo como um exemplo, como um bode expiatório.

<sup>149</sup> JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 31.

<sup>150</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

<sup>151</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de. et al. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 23.

Assim, é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana<sup>152</sup>.

### **2.1.3 Dignidade e Direitos Humanos**

Sobre o tema em relevo tem-se como marco inaugural para os ordenamentos jurídicos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Com o advento da II Guerra Mundial, mais precisamente em 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, em cujo teor se estabelecia o compromisso das nações signatárias de se engajarem constantemente em benefício da paz mundial. Todavia, diante da evidência de que um compromisso formal das nações envolvidas na II Guerra não teria, por si só, o condão de promover o respeito dos direitos humanos é que surgiu a idéia de uma renovação do conteúdo das liberdades elencadas na Declaração de 1789 e seus similares<sup>153</sup>.

Em 10.12.1948 foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada unanimemente por 48 Estados. A partir desse momento, os direitos fundamentais adquirem nova concepção, com direitos postos segundo o valor da liberdade, outros instituídos com fundamento no valor de igualdade.

Dessa forma, tem-se como parte indissociável dos direitos inerentes a toda e qualquer pessoa humana o direito à vida, à liberdade e o direito de não ser arbitrariamente punido pela sua origem, raça, cor, credo, orientação política e sexual.

Após a elaboração da Declaração Universal de 1948, em que pese a sua inaplicabilidade e ineficácia nos mais variados quadrantes sociais, políticos e econômicos do mundo, alguns outros documentos de promoção e proteção aos direitos humanos foram elaborados, com maior ou menor repercussão<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 37.

<sup>153</sup>JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110.

<sup>154</sup>Idem. p. 111

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>155</sup> transformou-se numa fonte de inspiração para a produção de várias cartas constitucionais e tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Dentre eles se destaca: a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de *San José da Costa Rica*, de 22.11.1969, que também cria a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a corte Interamericana de Direitos Humanos, em vigor desde 1978, mas válido no Brasil apenas a partir de 1992.

Com relação ao *Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)* Lopes<sup>156</sup> menciona que o mesmo proíbe o tratamento ofensivo e a ingerência arbitrária na vida privada das pessoas (Art. 11 e 12) como consequência do respeito à dignidade da pessoa: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. E acrescenta: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. As ofensas proferidas em público contra um grupo de cidadãos, dirigidas ao grupo, atingem a cada cidadão que pertence ao grupo. Dispositivos semelhantes haviam já constado do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (Art. 17).

Contudo, no Brasil, até a Constituição Federal de 1988, os nossos textos constitucionais não fizeram referência expressa à norma ou ao valor da dignidade humana. Foi somente com a promulgação da nova Constituição, em 05 de outubro, que foi inserido como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade humana.

---

<sup>155</sup> Em que pese sejam ambos os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

<sup>156</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de. et al. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 23.

Conforme Pereira<sup>157</sup> foi assim que a dignidade da pessoa humana tornou-se indissociáveis das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociável dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão trazidos a essência e o espírito daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa: todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.

Tomando por referencial o mesmo autor, uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta a dignidade da pessoa humana.

O direito de família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os direitos humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse a do casamento.

Contudo, para Bielefeldt<sup>158</sup> não há modelo padrão universal de família, baseado nos direitos humanos, nem é possível deduzir em detalhes as formas de organização da comunidade religiosa ou o modo de organização de uma sociedade democrática, baseados nesses direitos. Pelo contrário, os direitos humanos liberam enorme quantidade de formas sociais, que se distinguem por características culturais e que evoluem dentro da história. Nisso exemplifica-se, mais uma vez, que não podemos confundir a universalidade dos direitos humanos com a uniformidade de uma cultura única e universal.

Ainda com base no autor supracitado, os direitos de minorias culturais somente se enquadram na continuidade do pensamento relativo aos direitos humanos, se se medirem pelo parâmetro da dignidade e da liberdade de cada

---

<sup>157</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 71.

<sup>158</sup> BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000, p. 207.

pessoa, como é o caso de todos os direitos humanos. Neste sentido, o artigo 27 do Pacto Internacional Relativo a Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, determina expressamente como sujeitos jurídicos os integrantes (individuais) de minorias: “Nos países de minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, não se pode usurpar aos integrantes dessas minorias o direito de, junto com outros integrantes desse grupo, cultivar a própria vida cultural, professar a própria religião ou utilizar-se de sua própria língua”... Apesar de o significado social e comunitário dos direitos culturais de minorias – talvez até mais que outros direitos – ser incontestado e explicitamente mencionado pelo artigo 27, os portadores desses direitos são indivíduos que cultivam e desenvolvem junto com outros uma vida cultural, devendo, no entanto, estar-lhes assegurado o direito de afastar-se ou até abrir mão dessa cultura. Sem a liberdade dos indivíduos, torna-se impossível o engajamento comunitário e a preservação e desenvolvimento da identidade cultural do ponto de vista dos direitos humanos.

## 2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade surgiu de forma racionalista, a partir de Revoluções Políticas que datam dos séculos XVII e XVIII, sendo um dos pilares da democracia moderna e indissociável da noção de Justiça<sup>159</sup>.

O cerne do conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a proibição de tratamento discriminatório, vale dizer, a instituição de medidas que tenham o propósito ou o efeito de prejudicar, restringir ou anular o gozo e o exercício de direitos e liberdades fundamentais, em razão de sexo, raça, etnia, cor, idade, origem, religião, bem como outros critérios proibidos de discriminação, em qualquer campo da vida pública ou privada.

Para Pereira<sup>160</sup> o necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrato se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrato, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para se produzir um discurso ético, respeitar

---

<sup>159</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 1

<sup>160</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 100

a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de *um outro*, de *um diferente*. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.

### 2.2.1 A Dogmática do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade consagrado no artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, no qual consta que todos são iguais perante a lei e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, se refere à igualdade ontológica, ou seja, igualdade do ser enquanto ser, igualdade quanto à condição humana, genericamente considerada.

Para Robert Alexy<sup>161</sup> o princípio da igualdade, exposto no artigo 5º da nossa Constituição Federal deve ser entendido e observado obrigatoriamente não só pelos “órgãos que aplicam o direito”, mas também na formulação do direito, direcionado diretamente ao legislador.

Para o mestre alemão, o enunciado, “deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais” não deve ser considerado somente em seu sentido formal, mas no seu sentido material, valorativo, e também observando as parcialidades ou propriedades, fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal.

Escreveu Pontes de Miranda<sup>162</sup>: “Os homens são iguais e desiguais. Como homens, são iguais. Entre si, desiguais.” A isso se acrescenta a sensibilidade do poeta Drummond<sup>163</sup>:

---

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 382.383.

<sup>162</sup> MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, vol. IV, p. 670

<sup>163</sup> ANDRADE. Carlos Drummond de. *A Paixão Medida*, 4ª ed., 1983, p. 59

Todas as guerras do mundo são iguais. Todas as fomes são iguais. Todos os amores, iguais, iguais, iguais. Iguais todos os rompimentos. A morte é igualíssima. Todas as criações da natureza são iguais. Todas as ações cruéis, piedosas ou indiferentes, são iguais. Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem, bicho ou coisa. Ninguém é igual a ninguém. Todo ser humano é um estranho. Ímpar.

Enfim, não se pode recusar a desigualdade entre as pessoas, nas suas qualidades, aptidões, características, personalidade, etc. Aliás, há consenso de que o princípio da igualdade não é absoluto, e sim relativo, e daí a bem conhecida máxima de Rui Barbosa<sup>164</sup> na Oração aos Moços:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Conforme Canotilho<sup>165</sup> o preceito: "o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente" não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que no leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade.

Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da

<sup>164</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Prefácio de Edgard Batista Pereira. Rio de Janeiro: Edições Ouro, 19-. Direitos cedidos pela Casa de Rui Barbosa.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 7 Ed. Livraria Almedina, Coimbra - Portugal. 2003, p. 429.

forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, tal proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um "fundamento razoável" implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração.

A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar "elementos de comparação" subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do "arbítrio" como fundamento adequado de "valoração" e de "comparação"; (2) a imprescindibilidade da análise de natureza de o peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de solução diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Esta idéia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trata de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.

Usando as palavras de Konrad Hesse, "o princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais, casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente".

Respondendo à questão que ele mesmo formulara, Konrad Hesse, diz que "a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das características a ser consideradas como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual". Um exemplo fornecido por este autor ilustra bem a questão. Se, por exemplo, a característica pessoa for considerada como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente, se aparece a característica nacionalidade como essencial, então o tratamento desigual é admissível.

Portanto, como obviamente dois fatos, considerados em todas as suas características, inclusive temporais e espaciais, jamais podem ser absolutamente

iguais, deve-se identificar quais são características existentes não-essenciais (no exemplo acima, a nacionalidade) e quais as essenciais (no exemplo acima, a pessoa) para o reconhecimento de determinado direito.

Nesse mesmo sentido leciona Jose Afonso da Silva<sup>166</sup>:

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual esclarece Petzold – não se dirige a pessoa integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, circunstancias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas encontra-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.

Não discrepa deste posicionamento a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello para quem a questão principal é existir um “vinculo de correlação lógica” entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função desta, “desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.

Surge então o problema de identificar as características essenciais e quais são as não-essenciais. Deste modo, verifica-se que na Constituição Federal existem enunciados, em vários artigos, com algumas características essenciais e outras não-essenciais. Cita-se como exemplo o artigo 14, que trata da igualdade do direito de voto. Para o constituinte brasileiro, ao excluir do direito de voto tão-somente os brasileiros e os maiores de 18 anos as características “ser brasileiro” e “ter 18 anos” são as características essenciais, enquanto as características relativas ao sexo, etnia, condições econômicas, etc., por conseguinte, são consideradas não-essenciais. É admitida, portanto, uma discriminação para com os estrangeiros e para os menores de 18 anos no que diz respeito ao direito de voto porque a Constituição prevê estas características como essenciais para este direito em particular.

---

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219.

No exemplo acima citado, o do artigo 14, a técnica utilizada pelo constituinte foi a de prever as características essenciais. Deste modo, todas as demais características não previstas pela norma são consideradas não-essenciais. Porém, alhures, técnica utilizada é distinta.

O direito geral de igualdade do artigo 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativos: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto, viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

Porém, embora fosse suficiente a previsão do artigo 5º, *caput*, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição o constituinte para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Federal, foi mais adiante e enunciou explicitamente algumas características não-essenciais, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.

Cita-se como exemplo desta técnica o inciso I do artigo 5º: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Deste modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

Do mesmo modo o inciso IV do artigo 3º: “Constituem objetivos da Republica Federativa do Brasil: [...] IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Assim, a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade são características não-essenciais (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto).

Dessa forma, a própria Constituição estabelece as limitações constitucionais e as legais, ou seja, as que ela mesma delega ao legislador ordinário eleger desigualdades, as quais são válidas, desde que não tenham sentido discriminatório.

Como exemplos de limitações constitucionais, podemos citar os casos de idade limite aos 70 anos (artigos: 40, II; 93, VI; e 129, § 4º); casos de idade mínima de 14 anos (artigos: 14, 73, 87, 89, 101, 104, 107, 111, 123 e 128); casos de idade mínima e máxima para a admissão no serviço público (artigos: 73, 93, 101, 104, 107, 111 e 129); casos de idade de 18 anos (artigo 37 combinado com o artigo 228; artigo

7º, XXXIII); casos de idade de 14 anos (artigo 7º, XXXIII, combinado com o artigo 227, § 1º).

Em outros casos, por dizerem respeito a interesses mais dinâmicos, a Constituição delega ao legislador ordinário eleger, como é o caso da transferência de militar à inatividade (artigo 43, § 9º); e como é o caso da idade mínima e máxima para ingresso no serviço público, compreendidos na abrangência dos requisitos estabelecidos em lei (artigo 37, I).

Assim, por força do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal toda a discriminação por motivo de características não-essenciais, ou seja, não prevista na constituição, é inconstitucional, o que se inclui a orientação sexual, pois a Constituição não previu, em nenhum lugar, esta característica como essencial.

Todavia, o constituinte, foi mais adiante em relação a esta característica, pois no inciso IV do artigo 3º veda qualquer discriminação por motivo de sexo, inclusive por orientação sexual, definindo então esta característica como não-essencial.

Segundo Rios<sup>167</sup> a concretização do princípio da igualdade se dá com a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual. O autor exemplifica da seguinte forma. De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a concretização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Dessa forma, ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.

Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito.

Por isso, importante o ensinamento de Pontes de Miranda<sup>168</sup>

Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da

---

<sup>167</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p.67

<sup>168</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955. p.170.

coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.

É cediço que nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade; por isso, incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-a às necessidades sociais.

### **2.2.2 O princípio da igualdade e a vedação do tratamento discriminatório contra homossexuais**

O insigne doutrinador, Alexandre de Moraes<sup>169</sup>, ao comentar o princípio da igualdade constante na Constituição Federal, assim assevera:

A Constituição Federal de 1998 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se igualam, é a exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Já o jurista e filósofo Norberto Bobbio<sup>170</sup> aborda com muita propriedade o assunto, no que diz respeito a que a lei deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, assim pondera:

Quanto à igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como exclusão das discriminações da sociedade por segmentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (...), a igualdade de direitos compreende a igualdade de todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.

---

<sup>169</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 11 Ed. Editora Atlas. 2002, p. 64.

<sup>170</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberdade dos Antigos e Modernos. A Democracia e a Igualdade**. In **Liberalismo e Democracia Brasileira**. São Paulo, 1998. p. 41

Trazer as considerações de Flavia Piovesan<sup>171</sup> no que tange a implementação da igualdade é de grande importância, conforme segue:

A implementação do direito de igualdade é tarefa fundamental à qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições de direitos elementares.

Sobre o direito de igualdade, mais uma vez a lição magistral de Flávia Piovesan no sentido de que:

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção do sofrimento humano.

A par de outras considerações sobre o direito de igualdade, principalmente quanto a violações que se perpetraram em razão da intolerância, aduz a autora que hoje, muitos mais que um direito de igualdade se vê um direito à diferença.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direito, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os imigrantes, as pessoas com deficiência entre outras categorias vulneráveis devem ser vistas nas suas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge como direito fundamental, o direito a diferença. Importa o respeito a diferença e a diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

E asseverando que hoje o princípio da igualdade se sustenta em dois pilares: o da redistribuição e o do reconhecimento, leciona Nancy Fraser:

A justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: o reconhecimento não pode se reduzir a distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente da função de classe [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao

---

<sup>171</sup> PIOVESAN, Flavia. "Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos". [www.scielo.br](http://www.scielo.br). acessado em 20 de novembro de 2010.

reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função do status.

## E, na complementa desta lição com Boaventura de Souza Santos

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça a diferença e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

### Acrescentando ainda que:

Se, para a concepção formal da igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção abstrata da igualdade, esta tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida, a visibilidade à diferença. isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito a diversidade . o reconhecimento de identidade e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual, do direito à diferença e do reconhecimento a identidade é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil, plural e diversa do marco do multiculturalismo.

Uma referência hoje obrigatória sempre que se analisa questões relativas aos direitos dos homossexuais e o princípio da igualdade são as sábias palavras proferida pelo Dr. Roger Raupp Rios na ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. Sustenta o excelentíssimo magistrado federal.

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferenças de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo). Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa deste tipo de benefício, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclarece-se, nesse momento, que a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Acrescenta ainda:

Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, se qual seja a orientação sexual do sujeito – isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A que escolhe B, o escolhido) Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em reação a do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação) Fica claro, assim que a discriminação fundada já orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A). Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual, que o discriminante não está no sexo de A, mas na sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual. Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro – e sempre permanente – fator social de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).

Por fim, esclarece que:

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, v.g.) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p.ex.).

Insta mencionar que a sentença proferida pelo Dr. Roger Raupp Rios foi confirmada pelo Tribunal Regional da 4ª Região, em acórdão relatado pela Juíza Marga Barth Tessler, publicado na Revista do Tribunal, ano 10, nº 32, p.72 e seguintes.

Para José Reinaldo de Lima Lopes <sup>172</sup> a questão da igualdade e da discriminação se reflete da seguinte maneira:

[...] o remédio à discriminação, passada e presente, deve incorporar-se em práticas que visem alterar, para o futuro, as condições históricas herdadas: a divulgação de informações e o ensino da tolerância passam a ser direitos de todos e a beneficiar os grupos submetidos tradicionalmente à violência física e moral e tradicionalmente tratados, como diz o direito constitucional norte-americano, como "classe suspeita" (Gerstmann, 1999, *passim*). O remédio à discriminação passada não é um privilégio, ou direito especial de um grupo, mas sim o remédio para uma injustiça especial da qual o grupo é vítima. Sem esse remédio, a tendência seria a perpetuação de situações históricas de injustiça.

Importante frisar também, que o Superior Tribunal de Justiça mostra diversos acórdãos reconhecendo expressamente o direito fundamental à igualdade dos homossexuais. Um exemplo pinçado da jurisprudência, talvez seja o mais exemplar, é a decisão do Recurso Especial 154.857/DF, publicada em 26 de outubro de 1998 cujo teor é:

RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isonomia, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.

Ainda conforme Lopes

O importante na decisão é que a discriminação por orientação sexual é considerada incompatível com a Constituição da República (por ser violadora dos direitos fundamentais) e com o Pacto Interamericano de Direitos Humanos (como violadora dos direitos humanos, na órbita internacional). Significa que uma regra constitucional impede que a orientação sexual seja tomada como critério para diferenciar os cidadãos. Chamo apenas a atenção, nesse caso, para o fato de as instâncias locais da justiça terem sido capazes de invocar a orientação sexual da testemunha

---

<sup>172</sup> Sur, Rev. int. direitos humano. vol.2 nº. 2 São Paulo 2005. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. [www.scielo.br](http://www.scielo.br). acessado em 30 de novembro de 2010.

como um " desvio ético" , e só na instância especial esse " desvio" ter sido declarado irrelevante.

Portanto, em uma interpretação extensiva do conceito “discriminação por sexo” inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual.

### 2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Diante do tema proposto neste trabalho é imprescindível tecer algumas considerações sobre a noção jurídica de liberdade, bem como da liberdade sexual. Para uma melhor compreensão separar-se-á a análise entre a liberdade como desenvolvimento à personalidade da pessoa, a liberdade sexual e a defesa da liberdade na visão de alguns juristas.

A Constituição Federal assegura o direito fundamental à liberdade, encarado ora como norma-princípio, ora como norma-regra, no art. 5º, *caput*, bem como em alguns dos incisos do aludido art. 5º, tais como o inciso VI, que prevê a liberdade de consciência e de crença, o inciso IX, da liberdade de expressão, e o inciso XIII, que corresponde à liberdade de trabalho.

É certo que há várias concepções sobre liberdade, sendo a primeira relacionada ao poder de autodeterminação do indivíduo sem a intervenção do Estado, ou seja, ao indivíduo é assegurado o poder de escolha e decisão; na segunda concepção de liberdade, a sua escolha fica condicionada a que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre.

Sobre a definição de liberdade, José Afonso da Silva<sup>173</sup> afirma que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.*”

Já Raquel Rios<sup>174</sup>, ressaltando a importância da liberdade, lembra que:

A liberdade é um direito sagrado, que serve de fundamento a toda a ordem social, sendo um dos pressupostos fundamentais da sociedade justa e do progresso e o valor supremo da democracia, que representa a garantia de outros direitos fundamentais e a realização, mais plena possível, de todas as valiosas singularidades de cada ser humano, de cada cultura, de cada povo.

---

<sup>173</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 227.

<sup>174</sup> RIOS, Raquel. Vida livre: A liberdade e a convivência social. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 176.

Quanto ao exercício da liberdade, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>175</sup> aduz que:

O problema maior do Direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirarem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida.

A liberdade, ao que se percebe, consiste na possibilidade de o ser humano praticar atos no meio social, sem ter que enfrentar obstáculos postos pelo Estado ou por terceiros, tal como acontece na discriminação a que usualmente se submetem os homossexuais.

Dessa forma, antes de um maior aprofundamento do tema, necessário se faz abordar algumas questões importantes.

Dois concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir<sup>176</sup>

Assim, um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existências básicas e

---

<sup>175</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 678.

perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros<sup>177</sup>

### **2.3.1 A liberdade de desenvolvimento à personalidade das pessoas**

O feixe de princípios constitucionais alicerça a argumentação jurídica acerca dos efeitos para as uniões homossexuais. Dessa forma, não cabe mais ao Direito o papel de mero vigia da liberdade, mas, sim a função de construção da liberdade.

Insta mencionar que o princípio da liberdade, bem como o princípio da igualdade foram os primeiros reconhecidos como direitos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Sem falar que só existe liberdade, se concomitantemente e em igual proporção houver a igualdade, pois na inexistência da igualdade haverá dominação e sujeição e não liberdade.

Dessa forma, como aponta Dias<sup>178</sup> o papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Acrescenta ainda, que todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser constituir sua família.

Segundo Matos<sup>179</sup> para a pessoa humana desenvolver sua personalidade de forma digna, não deve estar sujeita a um tratamento diferenciado, quando as razões dessa discriminação forem injustificáveis. O não respeito ao princípio isonômico, por motivos atrelados ao afeto e à sexualidade do sujeito envolvido, revela-se atentatório à sua dignidade.

Seguindo ainda a linha de raciocínio da autora supracitada, impor um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, é negar a liberdade de desenvolvimento à personalidade dessas pessoas. Os parceiros das uniões homossexuais não se enquadram nos critérios heterossexistas exigidos para a formalização de sua união afetiva, por motivos alheios à sua

---

<sup>177</sup> SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p. 646.

<sup>178</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

<sup>179</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 176.

vontade. São as razões fundantes de sua personalidade – características especiais de seu ser – que, determinam a não contemplação da sua união familiar, o que se manifesta contrario à liberdade do estabelecimento de sua expressão afetiva.

Dentro deste contexto, centrado nos valores dos seres humanos, merece a liberdade um papel especial, pois limitar a liberdade nas questões de esfera íntima é fazer apologia a modelos exclusivamente tradicionais, em virtude de uma pretensa moral.

A sociedade ao impor um modelo determinado nega a liberdade de desenvolvimento existencial aos homossexuais, bem como o direito de exercer sua personalidade de forma digna. Assim, não deve o homossexual estar sujeito a um tratamento diferenciado quando as razões dessa discriminação derivam de preconceito a um modo especial de ser.

O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana<sup>180</sup>.

Girardi<sup>181</sup> complementa ainda, que o indivíduo pode assegurar-se concretamente de direitos que entende ser essenciais à realização de sua personalidade, reivindicando do Estado a promoção de tais direito, visto que condizem, em última instância, com a plena satisfação de sua pessoa nos aspectos biopsicofísicos. Afinal, há direitos que são exigências inelutáveis da personalidade humana. Estes direitos devem ser reconhecidos, baseiem-se ou não em previsão legal.

A mesma autora destaca ainda que decorrente da impossibilidade de se aferir quais seriam os direito que, uma vez assegurados juridicamente, realizariam a personalidade de todos os indivíduos, o mecanismo legal disponível para a concretização da possibilidade de reivindicações dos direitos individuais de personalidade se dá por meio da utilização do princípio dignidade da pessoa humana, como cláusula geral a receptionar e tutelar todo e qualquer direito

---

<sup>180</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 148.

<sup>181</sup> GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed., 2005, p. 56.

relacionado com a realização pessoal de cada pessoa. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.

### **2.3.2 Liberdade Sexual**

Nosso ordenamento jurídico é formado por normas, mas também por valores e princípios. No que se refere aos princípios o ordenamento constitucional contempla, genericamente, os princípios da igualdade, liberdade, intimidade, pluralidade de família, desenvolvimento da personalidade, e, de um modo central, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa trilha, almejam-se, a partir dos princípios constitucionais, soluções para as questões pertinentes como a discriminação baseada em características individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual.

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual<sup>182</sup>.

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade, falta-lhe a liberdade, que é um elemento fundamental.<sup>183</sup>

Sobre a liberdade sexual, ensina Magalhães Noronha (*apud* RODRIGUES)<sup>184</sup>

Tal liberdade não desaparece nas próprias espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea, quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito. Nelas, também, a requesta antecedente é o fato observado pelos zoólogos. Os odores, as cores, as formas, a força,

---

<sup>182</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 73

<sup>183</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>184</sup> RODRIGUES, Liris Terezinha Lunkes Moreira. **Os princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade nas relações homossexuais: de uma posição monocultural para uma posição intercultural**. Dissertação de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, 2008, p. 99

o som, as danças, etc. são sempre recursos postos em prática antes do amplexo sexual. No homem, a requesta antecede ao ato, mesmo entre os selvagens. São sempre a música e a dança os atos preliminares da união dos sexos, como anota Havelock Ellis. Fácil, pois, é conjecturar quão intenso é o primitivismo bárbaro do que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa.

Há, portanto, sedimentação doutrinária acerca da existência e da importância da liberdade sexual para o convívio entre os indivíduos na sociedade moderna, estando ela, inclusive, tutelada por normas de natureza criminal. Mas nem sempre foi assim! A conquista de um direito à liberdade sexual não foi entregue de mão beijada a homens e, especialmente, mulheres. Estas, em especial, travaram uma longa batalha para a conquista dos seus espaços, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da ordem jurídica, política e social do seu direito de dispor do seu “próprio corpo”<sup>185</sup>.

Já segundo Dallari (*apud* CONDE)<sup>186</sup> “para que se diga que uma pessoa tem o direito de ser livre, é indispensável que possa tomar suas próprias decisões sobre o que pensar e fazer e que seus sentimentos sejam respeitados pelas outras”. O exercício desse direito pressupõe a liberdade de escolha, seja ela relativa à crença, à opinião ou a sentimentos. Quando se fala em sentimentos, não significa que se esteja considerando apenas o âmbito psicológico. Um ser humano pleno deve ter o direito à liberdade de exteriorizar os seus sentimentos, de vivenciá-los sem experimentar o pavor de ser vítima de repressão. Uma parcela de sua personalidade não pode ser suprimida nem tampouco negligenciada, pois ela o torna humano – aquela que se refere à sua afetividade e à sua sexualidade. Coibir a livre vivência afetiva e sexual do ser humano implica torná-lo incompleto, significa bestializá-lo.

Para Conde<sup>187</sup> a verdadeira liberdade sexual consiste em a pessoa perceber-se livre para orientar o seu desejo a quem lhe aprouver, do modo que pretender, no momento em que quiser, e não necessariamente celebrar um pacto com uma ou

<sup>185</sup> RODRIGUES, Liris Terezinha Lunkes Moreira. **Os princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade nas relações homossexuais: de uma posição monocultural para uma posição intercultural**. Dissertação de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, 2008, p. 99.

<sup>186</sup> CONDE, Michele Cunha Franco. **O Movimento Homossexual Brasileiro, sua trajetória e seu papel na ampliação do exercício da cidadania**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal de Goiás, defendida e aprovada em 27 de agosto de 2004, p. 80.

<sup>187</sup> Idem. *Ibidem*.

outra categoria homo ou heterossexual; em suma, ela consiste em deixar que o desejo transite livremente. No entanto, para que esse estágio seja alcançado, é necessário que nenhum homossexual ainda se veja obrigado a se esconder no armário. A construção de uma identidade homossexual é uma arma poderosa que tem ajudado inúmeras pessoas a se aceitarem melhor, a saírem do armário e a lutarem pelo reconhecimento de que é legal ser homossexual.

### **2.3.3 Defesa da liberdade contra “ditadura da maioria” na visão de John Stuart Mill, Hanna Arendt e Ronald Dworkin.**

Acerca dessa questão J. S. Mill<sup>188</sup>, há quase duzentos anos, chamava a atenção para o perigo de a democracia suprimir as liberdades individuais (a liberdade moral dos indivíduos) em nome do processo representativo das maiorias.

Dizia ele: "atualmente, a tirania da maioria é normalmente incluída nos males contra os quais a sociedade precisa ser protegida". E mais: a "maioria pode ser uma parte que deseja oprimir outra parte". Por isso, concluía Mill, a única liberdade que merece o nome de liberdade é a de buscarmos nosso próprio bem, à nossa própria maneira, desde que não impeçamos ninguém de fazer o mesmo.

Na mesma linha de raciocínio há o ensaio de Ronald Dworkin (*apud* LOPES)<sup>189</sup>. Também para ele, o que está em jogo no debate é uma controvérsia entre uma moral convencional (segundo a qual as regras morais se fundam em convenções) e uma moral crítica (em que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão). Naturalmente, Dworkin não nega que moralidades históricas podem resultar da aceitação *de facto* de certas práticas. O que ele nega é que essa existência *de facto* equivale a sua justificação ou fundamentação. Fazemos muitas coisas sem perguntar o porquê, mas se for colocada a questão do fundamento, a resposta moral não pode ser "porque sempre se fez assim", ou "porque todos fazem assim". Dworkin<sup>190</sup> propõe, então, alguns crivos para as opiniões morais:

- Os preconceitos não são razões válidas (acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade);

<sup>188</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 138.

<sup>189</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. Sur, **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. vol.2 no.2 São Paulo 2005, [s.p]

<sup>190</sup> Idem. Ibidem.

- o sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral;
- o julgamento moral baseado em razões *de facto*, que são falsas ou implausíveis, não é aceitável (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas homossexuais na natureza – ou seja, em outras espécies animais sexuadas);
- o julgamento moral baseado nas crenças alheias (" todos sabem que a homossexualidade é um mal" ) também não está suficientemente justificado.

Assim, o direito de uma sociedade democrática, ao contrário do que imaginam os menos preparados, não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de carácter crítico, ou seja, é a moral que consiste em estabelecer como princípio a dignidade igual e universal das pessoas, e essa dignidade inclui a liberdade de fazer tudo aquilo que não causa dano a outrem.

Seguindo essa linha, Dworkin, diz que o "dano" que se causa a outrem não pode ser um mal-estar ou uma indisposição fundada apenas na tradição e no preconceito. Logo, a moral de uma sociedade democrática deve ser crítica; mas há, sim, princípios morais fundamentais por trás de uma ordem jurídica.

Um Estado Democrático de Direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar. Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral <sup>191</sup>.

Vale destacar ainda, que Ronald Dworkin no livro *Uma Questão de Princípio*, também faz uma abordagem importante acerca da questão da liberdade. Dworkin não fala em hierarquia entre princípios, mas considera que existem dois dentre eles que representam o cerne do ordenamento jurídico e, por meio dos quais se desencadeiam todos os demais. São eles: a igualdade e a liberdade. Na parte três de seu livro – *Liberalismo e Justiça* – Dworkin<sup>192</sup> lança a idéia do que venha a ser o liberalismo.

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**. 2000, p.453 e ss.

<sup>192</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 281.

Para o referido autor, de forma objetiva, liberalismo seria considerar a todos como iguais. Tal conclusão parte da idéia de princípios, exposta do início da obra. Isto porque, segundo o mesmo, todos os direitos individuais devem ser considerados; desta forma, para que exista igualdade, necessário se faz tratar a cada pessoa, individualmente considerada, com igual consideração e respeito. Somente desta forma será possível obter a liberdade. Assim sendo, igualdade é a sombra da liberdade ou, não há que se falar em liberdade sem que os direitos individuais de cada pessoa sejam respeitados.

Dworkin critica a visão simplista de igualdade – tratar a todos como iguais – bem como a visão complexa do mesmo instituto – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam<sup>193</sup>. A primeira idéia de igualdade é simplista demais para a sociedade plural na qual vivemos. Já a segunda, ela falha em um aspecto: qual o critério diferenciador ou medidor de igualdade ou desigualdade? Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam é algo indeterminado, raso demais, para não dizer abstrato<sup>194</sup>.

Em face disto, Dworkin propõe a idéia de que igualdade significa tratar a todos de forma igual, e não igualmente, como dizem alguns. Como exposto, tratar igualmente ou desigualmente é algo muito vago, muito indeterminado. Ao passo que tratar de forma igual, percebe-se que esta igualdade refere-se a cada pessoa, individualmente considerada<sup>195</sup>.

Acerca da questão do dano John Stuart Mill<sup>196</sup> explica assim, em *Sobre a Liberdade* da seguinte forma:

É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, em interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode correctamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sábio, ou até correcto. Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 320.

<sup>194</sup> Idem. p.324.

<sup>195</sup> Idem. p.327

<sup>196</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 39-40.

causar algum mal caso ela aja de outro modo. Para justificar tal coisa, é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa.

No que se refere à liberdade Mill<sup>197</sup> acrescenta que:

A única liberdade que merece o nome, é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar. Cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros.

Já no que se refere ao pensamento da Hanna Arendt<sup>198</sup> pode dizer que são bastante originais e instigadoras. Assim, destacam-se como as principais ideias da filósofa: a) A ideia de que liberdade não equivale a livre-arbítrio, mas está identificada a esfera da ação, equivalendo à soberania. Os homens e mulheres tornam-se livres ao exercerem ação e decidirem, em conjunto, seu futuro comum; b) Os homens são livres, diferentemente de possuírem o dom da liberdade enquanto agem. Ser livre e agir é a mesma coisa; c) Para assegurar as condições da prática da liberdade, os seres humanos devem preservar o espaço público e renunciar a soberania. O espaço público para ser preservado requer a manutenção da cidadania e do direito de ter direitos; d) O poder é gerado na convivência e cooperação. A violência destrói o poder, uma vez que esta se baseia na exclusão da interação e da cooperação com os outros; e) O pensamento não produz coisas, mas ele se torna tangível no processo de reificação ao preço da própria vida; f) A liberdade política é sinônimo de ação. É apenas no ato de agir que efetiva o processo de construção do mundo onde os homens vivem, sendo que ela é a razão pela qual os homens convivem em comunidades politicamente organizadas; g) A razão da política é a liberdade e seu domínio de experiência é a ação.

Defende Hannah Arendt, que as ações políticas alastram-se a todas as práticas humanas, desde as mínimas até as mais complexas. Dessa forma, as ações políticas referem-se a todos os espaços públicos, o que nos ajuda a pensar o movimento *gay* como importante espaço público educativo, já que por meio dele podem e devem ser criados e recriados o cotidiano, as ações humanas e os

<sup>197</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006 p. 44.

<sup>198</sup> Disponível em: <http://pt.shvoong.com/humanities/1681652-hanna-arendt-principais-ideias>. Acesso em: 25 jun.2010.

espaços, de forma permanente. Arendt defende que a identidade não é algo dado, mas está em permanente construção e realiza-se nos variados espaços públicos por onde os indivíduos circulam, negociam e renegociam com os outros. Essa definição também nos serve para uma melhor compreensão sobre a importância do movimento *gay* não apenas como espaço de negociação, de definição e redefinição das identidades homossexuais, ressaltando a importância e a necessidade do alastramento desses espaços, através de suas discussões, para outros menos democráticos com as diferenças sexuais<sup>199</sup>.

Dessa forma, a luta do movimento *gay* articula-se em torno do grande problema da nossa sociedade, ou seja, uma vida pessoal desmedida e um interesse pela vida pública esvaziada. Na verdade, a luta é por uma união entre vida privada e pública, capaz de entender a relação existente entre elas, direcionando o interesse para questões públicas, entendendo-as como políticas que dizem respeito a um universo de relações sociais. O movimento *gay* luta por inserir o entendimento da homossexualidade numa perspectiva política, e não exclusivamente social e sexual, pois a rigidez e a estagnação são ferozes inimigas da liberdade.

Enfim, o que parece alimentar todas essas discussões que organizaram e organizam o movimento *gay* é a questão da intimidade e sua relação com passado/presente, público/privado e a herança moderna.

No capítulo seguinte, discutir-se-ão, as questões relativas ao desdobramento jurisprudencial acerca do reconhecimento com enfoque, principalmente, nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, passando por uma análise breve sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

## 2.4 PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO FAMILIAR

Hodiernamente, cabe às constituições federais a estipulação dos direitos que traduzem a tutela das pessoas defronte dos estados, de modo a não se alterarem as garantias dos cidadãos ao simples sabor do poder político dominante.

Assim, as constituições passaram a abarcar diversos princípios fundamentais do Direito de Família, a exemplo de outros ramos do Direito. Dessa forma, o texto

---

<sup>199</sup> FERRARI, Anderson. Revisando o passado e construindo o presente: o movimento gay como espaço educativo. **Revista Brasileira de Educação**. n.25, 2004. pp. 105-115. ISSN 1413-2478.

constitucional de 1988 tratou de dedicar atenção a algumas entidades familiares, não se restringindo a um modelo unifamiliar voltado exclusivamente para o matrimônio, como o fez nossa primeira Codificação Civil<sup>200</sup>.

Uma vez definida a importância da Constituição como instrumento garantidor e efetivador dos direitos fundamentais do homem, torna-se importante destacar como a questão da família foi tratada nas Constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição Federal de 1988.

A primeira Constituição Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 1824, não fez referência a família ou ao casamento, a não ser exclusivamente dos interesses do casamento da família real (artigos 105, 106, 107, 108, 112 a 115 e 120). Já a Constituição brasileira de 1891 preocupou-se em atribuir validade unicamente ao casamento civil (artigo 72, § 4º: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração seja gratuita). Contudo, foi uma referência importante, pois foi o marco da separação Igreja/Estado.

O modelo familiar obteve abrigo na Constituição de 1934:

Artigo 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.  
Parágrafo Único: A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso ex-offício com efeito suspensivo<sup>201</sup>.

Na Constituição de 1937, através dos artigos 124 a 127, manteve o que já tinha garantido ao povo brasileiro e procurou adequar o instituto ao texto Constitucional da época.

Dispõe igualmente o artigo 163 da Constituição Federal de 1946: “a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado [...]”.

Nesse mesmo sentido encontra-se o artigo 167 da Constituição Federal de 1967: “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Verifica-se, dessa forma, que o legislador constituinte de 1967 não introduziu novas normas no que se refere à família.

Em 17/10/1969 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com origem na Emenda Constitucional nº 1 que incorreu na mesma

---

<sup>200</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154-155.

<sup>201</sup> Idem. p. 157.

imprecisão dos textos constitucionais anteriores ao omitir o que seria uma família para o Direito Constitucional. Na vigência desta Constituição foi promulgada no dia 26/12/1977 a Lei nº 6.515 - Lei do Divórcio, permitindo a dissolução do casamento do vínculo do matrimônio e a celebração de um novo casamento.

Com essa incursão histórica, percebe-se trata-se de verdadeiro marco legal o texto da Constituição Federal de 1988 no que tange à Família.

Observa-se assim, que a pluralidade de formas de família está bastante reconhecida na atual Constituição, pois outros modelos de família, que não somente aqueles fundados no casamento tiveram abrigo.

Na verdade, é imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos sociais, alterando profundamente a concepção jurídica de família afim de adequar-se a realidade fática há tanto tempo desacolhida pelo mundo jurídico.

Nesse sentido, Pereira<sup>202</sup> aduz que houve um rompimento com a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira, e do modelo de família hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo. Esta Constituição trouxe, além de novos preceitos para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família.

Assim, o princípio da pluralidade de formas de família teve seu marco histórico na Constituição Federal de 1988, a qual representa um divisor de águas para os efeitos jurídicos das entidades familiares, estando as duas novas entidades familiares, união estável e família monoparental, expressamente tratadas a exemplificar novos modelos.

Segundo Dias<sup>203</sup> ao serem inseridos no conceito de entidade familiar não só a família constituída pelo casamento, mas também a união estável e o vínculo monoparental, foram rompidos a posição excessivamente privilegiada da união oficializada como base de formação e proteção da família.

Faz-se mister nesse ínterim, uma reflexão crítica a diversidade de modelos familiares elencado pela Constituição, visto que o princípio da pluralidade de formas

---

<sup>202</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p.117.

<sup>203</sup>DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 66.

de família se restringe a variedade de maneiras de formação de família, de acordo com expressamente estabelecido no texto constitucional.

Contudo, como bem menciona Matos<sup>204</sup> com o decurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os modelos de família que deve o Direito contemplar, pois nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos.

Seguindo essa linha de pensamento, Azevedo<sup>205</sup> afirma que a Constituição Federal de 1988 protegeu não o instituto do casamento, mas a família. Aduz o autor:

Protegendo a família, base da sociedade, discriminou algumas formas de convivência que não são taxativas. E não o são porque não é possível uma Constituição Federal estabelecer, no seu texto, todas as formas de convivência. Isto cabe ao povo, no exercício [...] dos seus direitos.

Assim pode-se entender que, ao conferir juridicidade à união estável, a limitação, quer constitucional, quer legal, não tem o condão de deixar à margem da proteção do Estado relacionamentos afetivos outros que geram conseqüências no âmbito do Direito.

É natural que haja mudanças no modo de exercer e de se pensar em família, pois tudo muda a todo o instante, muda o ser humano, a história, os conceitos, os princípios, as necessidades, os ideais. E é por essa razão que, na realidade, nunca haverá de forma definitiva um conceito ou modelo de família ideal.

### **2.4.1 Famílias plurais**

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas

---

<sup>204</sup>MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 160.

<sup>205</sup>AZEVEDO. Álvaro Villaça de. **Pronunciamento na qualidade de depoente convidado na audiência pública sobre o novo Código Civil**, Brasília, set. 2000.

permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório<sup>206</sup>.

Segundo Perrot<sup>207</sup> despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a verdadeira configuração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade<sup>208</sup>.

Dessa forma, o pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade, reformulando o conceito de família.

Contudo, a partir de uma análise histórica verifica-se que a sociedade ocidental por muito tempo aceitou como único modelo familiar legítimo o patriarcal fundado no casamento, predominante até o início do século XX. Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu, com o tempo, enormes transformações.

Dessa forma, a cultura do início do século passado levou o legislador a emprestar juridicidade apenas ao relacionamento matrimonializado, como uma verdadeira instituição, geradora de um vínculo indissolúvel<sup>209</sup>

No Brasil, esse foi modelo vigente até a Constituição Federal de 1988 e com a nova ordem constitucional, desfez-se a exclusividade do matrimônio, e a pluralidade teve garantido o seu espaço. A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento.

O novo paradigma familiar, proposto é plural, aberto e inclusivo, não estando moldado conforme os parâmetros de conveniência, mas baseado em critérios de inclusão. Além de ter havido significativa diminuição do número de componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis.

---

<sup>206</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

<sup>207</sup>PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexos para o futuro**, São Paulo, abril, 1993, p. 81.

<sup>208</sup>DIAS, op. Cit. p. 41.

<sup>209</sup>DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 63.

Insta mencionar que independentemente das diferenças culturais, dos diferentes modelos de constituição, em função das características humanas, a família sempre teve o papel fundamental.

Porém, verifica-se que uma das dificuldades e resistências de se reconhecer a pluralidade e as várias possibilidades dos vínculos parentais e conjugais reside no medo de que estas novas famílias signifiquem a destruição da “verdadeira” família<sup>210</sup>.

Derrida<sup>211</sup> filósofo francês dá um tom importante a esta reflexão:

Eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que é inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou que haja família, o laço social organizado em torno da procriação.[...] Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença social) pode-se imaginar tantas configurações ditas “familiares”! E mesmo no que consideramos nosso modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertam ou aceleram nossa imaginação – deliciada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo o tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo, de estado civil... [grifo do autor].

Todas essas mudanças, potencializadas ao longo do tempo, transformaram o perfil da família brasileira no século XXI.

Conforme Rosana Fachin<sup>212</sup>

A pluralidade marca a nova geografia familiar do terceiro milênio. Pessoa e família podem ser redimensionadas adequadamente, para dar sentido, mediante a realização concreta de suas necessidades à democrática vida em sociedade, com mais justiça e menos desigualdade. Essa expressiva mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais.

O certo é que se alargou o conceito de família. Novas formas foram inseridas no conceito de entidade familiar produzindo uma profunda revolução nas estruturas sociais, rompendo a posição excessivamente privilegiada da união oficializada como

---

<sup>210</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p.119.

<sup>211</sup> DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã**: diálogo. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 52-53.

<sup>212</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68.

base de formação e proteção da família ao emprestar juridicidade aos relacionamentos existentes fora do casamento e não sacralizados pelo matrimônio.

Além disso, mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam, e continuaram existindo independentemente de sua positivação pelo Estado.

Mesmo porque a proteção da família é a proteção imediata, sou seja, no interesse da realização existencial e afetiva da pessoa. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana, como bem lembra Paulo Luiz Netto Lôbo. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, prossegue o professor cearense, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana<sup>213</sup>.

Contudo, há de se destacar que não há uma família definida em termos absolutos, mas tipos históricos específicos de associações familiares, influenciadas por variáveis ambientais, sociais, econômicas, culturais, políticas e religiosas<sup>214</sup>. Com isso os modelos familiares, em decorrência da fragmentação e diversificação de experiências de vida privada, ficaram alterados. As novas sociabilidades se pautaram pela tolerância, solidariedade, e principalmente respeito pelas diferenças. Isto traz também como conseqüência uma coexistência conflituosa entre tradição, com sua eterna nostalgia à estabilidade perdida, e modernidade com seus acelerado processo de reconstrução e alternativas para experiências do sujeito, “por intermédio de reinvenções criativas do vínculo amoroso”<sup>215</sup>.

#### **2.4.2 Famílias conjugais**

A família do século XXI, conforme já afirmado, é plural e multifacetária, ao contrário do modelo familiar ocidental aceito até o início do século XX. A família deixa de ser uma entidade, apenas, ao controle da concupiscência, à manutenção

---

<sup>213</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 66.

<sup>214</sup> MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 27.

<sup>215</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 121.

dos laços entre linhagens ou à garantia da integridade do patrimônio, para se tornar o local de busca pela realização individual do ser humano.

Para Lôbo<sup>216</sup> diante das transformações da sociedade, a hierarquia patriarcal deixou de ser figura central no lar conjugal e nasce a família moderna, composta por pai, mãe e filhos, que tem como base da relação o afeto. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perdem seu papel de principal protagonista.

Assim, as uniões conjugais, de uma forma geral têm como finalidade constituírem um laço familiar que lhes proporcione assistência afetiva, moral e patrimonial<sup>217</sup>.

Família conjugal é aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa, na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. O amor conjugal assenta-se também na sexualidade, que não está necessariamente na genitalidade. Isto ajuda o Direito a ampliar a noção de amor conjugal. Pode haver, por exemplo, um casal que, em decorrência de fatores como impotência ou frigidez causadas pela idade, doenças ou por razões que não se pode ou não se deve indagar; o exercício de sua sexualidade não está necessariamente está nos atos sexuais genitalizados tradicionais. Mas isto não anula ou invalida o amor conjugal. A sexualidade é da ordem do desejo<sup>218</sup>.

Insta mencionar a definição de Mello no que se refere ao papel conjugal o qual se traduz no compartilhamento de tarefas e atendimento das necessidades e desejos dos cônjuges. Não abarca as funções reprodutoras e de socialização das crianças. Deixa de existir quando se rompe o vínculo afetivo-sexual que unia o casal<sup>219</sup>.

Ainda conforme o mesmo autor a constituição da família moderna passa a ser marcada por duas características fundamentais: a afirmação da individualidade dos sujeitos na escolha de seus cônjuges, a partir dos ideais do amor romântico; e a maior independência dos novos casais em relação a suas famílias de origem<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização nas Relações de Família. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.24, v.6, Jun./Jul., 2004 p 153.

<sup>217</sup>NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 106.

<sup>218</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004,, p. 121.

<sup>219</sup>MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 200, p.34.

<sup>220</sup>Idem. p. 26.

Inequívoco também que a conjugalidade também foi afetada pelo novo perfil de família: além de serem concebidas novas formas, os relacionamentos duram tempo condizente com a existência do afeto. Esse fato, porém, não tira a característica de permanência destas instituições; quando se originam, evidentemente não se pensa no fim almeja-se que sejam eternas; mas, já que prevalece hoje o anseio individual do ser humano na busca pela sua felicidade, são eternas enquanto duram, conforme Vinicius Moraes<sup>221</sup>.

Assim, o novo paradigma familiar está centrado no afeto e na solidariedade como forma de constituição. O casamento passa a significar, basicamente, a formação de uma aliança entre dois indivíduos que dizem se amar e não mais, apenas entre dois grupos sociais ou linhagens.

Nas palavras de Fachin<sup>222</sup> a responsabilidade pela família passa a ser de ambos os cônjuges, as atividades são equiparadas dentro do lar conjugal. Nessa órbita, tem realce a atuação jurídica do princípio da igualdade entre marido e mulher, bem como entre todas as espécies de filiação.

Boscaro<sup>223</sup> nessa mesma linha aduz que:

[...] Há plena igualdade entre os cônjuges, no seio das modernas sociedades conjugais, e as relações desses com seus filhos não mais se baseiam num poder autoritário, mas sim em laços afetivos, os quais, uma vez rompidos, não mais justificam a manutenção dessa entidade familiar, já que ela, então, teria deixado de cumprir o papel a que estava precipuamente destinada, tendente à completa realização pessoal de seus membros.

Segundo Mello<sup>224</sup> nenhum sociólogo, na atualidade, define família conjugal (formada por um pai, uma mãe e seus filhos) como “normal”, em oposição à suposta “anormalidade” de famílias homossexuais. Todavia, as resistências à aceitação de famílias formadas por homossexuais relacionam-se ao fato de que o movimento – e mais, a simples existência – de gays e lésbicas desafia estruturas milenares a partir das quais as sociedades humanas foram construídas, como a repressão sexual e a heterossexualidade compulsória. De uma maneira geral, as demandas de gays e

---

<sup>221</sup> NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 108.

<sup>222</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992 p. 22

<sup>223</sup> BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.78.

<sup>224</sup> MELLO, Luiz. **Familismo (anti) homossexual e regulação da cidadania no Brasil**. Estudos Feministas, Florianópolis, maio-agosto/2006, p. 499.

lésbicas pelo reconhecimento de seus vínculos afetivo-sexuais como de ordem familiar não negam a diferença sexual, entre o masculino e o feminino, mas sua consideração como o único fundamento do desejo, da sexualidade e da família.

Conforme Pereira<sup>225</sup> se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade.

Nessa mesma linha Dias<sup>226</sup> acrescenta:

[...] Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um. A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se esteja afrontando a norma constitucional que tutela as relações de pessoas de sexos opostos. A omissão legal não pode ensejar negativa de direitos a vínculos afetivos que não tenham a diferença do sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tem como protegidos pela Constituição relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens[...].

Nesse atual contexto, o ponto de partida fundamental para uma tentativa de compreensão das relações homoafetivas como nova modalidade de núcleo familiar é a aplicação do princípio constitucional da pluralidade de formas de família, visto que há uma necessidade crescente de compreensão da família, bem como do casamento como construções culturais dinâmicas, mutáveis e capazes de incorporar um leque cada vez maior de formas de expressão e manifestações afetivas entre as pessoas.

---

<sup>225</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 122.

<sup>226</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.94.

### 2.4.3 Famílias Parentais

Outra categoria de família, que pode conter ou estar contida na família conjugal, é a parental. Assim, a lista dos diversos arranjos familiares é grande.

De acordo com Dias<sup>227</sup> nomes existem, e muitos, tentando definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas e até a bela expressão *ensambladas*, em voga na Argentina – estrutura familiar originadas no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia.

Dessa forma, a multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem família mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem.

Destaca-se que as relações parentais são especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguindo das famílias não-matrimoniais e das desuniões. Também são famílias parentais as comunidades compostas por irmãos que não convivem com os pais e também aquelas compostas por avós e respectivos netos.

Outra espécie de família parental que merece destaque é a socioafetiva, cuja nomenclatura advém da expansão da já difundida “filiação socioafetiva”. A família parental constituída pela socioafetividade vem sendo amplamente protegida pela jurisprudência, em manifesta aplicação do princípio da pluralidade das formas de família.

Além disso, a tendência é considerar, ainda, a família monoparental, cujo reconhecimento como entidade familiar deu-se a partir da Constituição de 1988, garantindo-lhe ampla tutela jurisdicional e conceituando como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1988).

Define-se a família monoparental, como uma situação voluntária ou não, onde apenas um dos pais cria, educa e vive com uma ou várias crianças.

Corolário da norma de inclusão contida no art. 226 da Constituição Federal, o art. 1.593 do Código Civil serve como fundamento à existência das famílias parentais

---

<sup>227</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

ao dispor que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

Assim, como bem enfatiza Pereira<sup>228</sup> esta norma acabou por sepultar o argumento arcaico de que parentes são apenas e tão-somente pessoas ligadas por consangüinidade, dando vazão à existência do parentesco pela afetividade como célula *mater* da família.

Para Hironaka<sup>229</sup> há, na pós-modernidade, um outro modo de estabelecimento das relações parentais, mormente entre pais e filhos, diferente do modelo anterior, certamente. Os modelos fixos do passado desconstroem-se, admitindo uma reorganização cênica no *habitat* familiar, no qual vivem os pais, os filhos, os avós, num interessante e diferenciado encontro geracional que, por tudo, é diferente das convivências de gerações outrora.

No entanto, em meio a esses conflitos, o que se constata é que a generalização do divórcio, da monoparentalidade, da autonomização da sexualidade em relação à conjugalidade e à reprodução, da possibilidade de não-coabitação, das experiências de multiplicidade e simultaneidade de parceiros afetivo-sexuais, da redefinição dos papéis de gênero e da secularização dos vínculos conjugais tem proporcionado uma intensa transformação nas representações sociais da família e do casamento<sup>230</sup>.

Assim, deve se pensar nas diferentes formas de expressão de uma família, pois embora seja comum entre nós, a família nuclear, monogâmica, heterossexual e com finalidade procriativa, não é a única na nossa sociedade, composta, atualmente, por outros tipos de família com novos arranjos familiares permitindo aos indivíduos a construção de novos tipos de alianças.

---

<sup>228</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004,, p. 124.

<sup>229</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. In SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org). II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006 em Gramado- RS. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, p. 23.

<sup>230</sup> MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 200, p. 28.

#### **2.4.4 Família Homoparentais**

Depois do advento do divórcio, houve uma multiplicação de arranjos familiares permitindo aos indivíduos a construção de novos tipos de alianças.

É nesse contexto que surge a família homoparental, propondo um modelo alternativo, no qual o vínculo afetivo conjugal se dá entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa forma, essa outra entidade familiar não é proveniente do casamento, mas sim formada por pessoas do mesmo sexo, unidas por uma relação de afeto, sem capacidade procriativa, embora possam seus componentes, individualmente, tê-las. Também não possui gênero definido, ambos os pais/mães são responsáveis pelo bem estar dos filhos. Logo, a paternidade encontra-se na convivência mantida e entrelaçada por laços de afeto, carinho e afinidade e não somente na capacidade de reprodução, caracterizando assim a filiação socioafetiva.

Homoparentalidade<sup>231</sup> é um neologismo criado em 1997 pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL), em Paris, nomeando a situação na qual pelo menos um adulto que se autodesigna homossexual é (ou pretende ser) pai ou mãe de, no mínimo, uma criança. O uso do termo costuma ser objeto de muitos questionamentos, pois coloca o acento na “orientação sexual” (homoerótica) dos pais e a associa ao cuidado dos filhos (parentalidade). Esta associação (homossexualidade dos pais e cuidado com os filhos) é, justamente, o que os estudos sobre homoparentalidade se propõem a desfazer, demonstrando que homens e mulheres homossexuais podem ser ou não bons pais, da mesma forma como homens e mulheres heterossexuais. Salientam que é a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento com os filhos o determinante da boa parentalidade e não a orientação sexual dos pais. Entretanto, o seu emprego se justifica pela necessidade de colocar em evidência uma situação cada vez mais presente na sociedade atual. Ao nomear um tipo de família até então sem nome, permite-se que ela adquira uma existência discursiva, indispensável para indicar uma realidade, possibilitando o seu estudo e, principalmente, sua problematização.

Lévi-Strauss<sup>232</sup> também apontou que a família não é uma entidade em si nem, tampouco, uma entidade fixa, ela é, antes, o lugar onde se desenvolvem as normas

---

<sup>231</sup> **O Direito à Homoparentalidade:** Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Elizabeth Zambrano (coord). Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça, 2006, p. 10.

<sup>232</sup> LÉVI-STRAUSS, CLAUDE. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1976.

de filiação e de parentesco, construindo sistemas elementares cuja finalidade é ligar aos indivíduos entre eles e à sociedade. São os vínculos entre os indivíduos que criam a família e são as variações possíveis desses vínculos intrafamiliares que caracterizam as formas possíveis de família.

Conforme Zambrano<sup>233</sup>:

Cabe ressaltar que a civilização não foi afetada pelas famílias homoparentais que já existem há muito tempo na realidade social, como demonstram as pesquisas realizadas sobre elas nos últimos trinta anos. O que está faltando é apenas o seu reconhecimento legal. Recusar chamar de “família” esses arranjos e negar a existência de um vínculo intrafamiliar entre os seus membros (ainda que esses vínculos possam ter um aspecto extremamente polimorfo e variado) significa “fixar” a família dentro de um formato único, que não corresponde à diversidade de expressões que ela adotou ao longo da história e nas sociedades contemporâneas.

Ainda Zambrano<sup>234</sup> enfatiza que:

Finalmente, é preciso que a sociedade e as instituições que a constituem tenham o cuidado permanente de, ao tratar de conformações familiares diferentes das habituais, como é o caso das famílias homoparentais, não transformá-las em configurações familiares desiguais quanto aos direitos que deveriam ser comuns a todas e, conseqüentemente, em tipos familiares social e juridicamente discriminados.

Para Hironaka<sup>235</sup>:

[...] a nova família da contemporaneidade não é melhor nem pior do que os modelos familiares que a antecederam, mas é diferente deles como se disse inicialmente, nesta família, os aspectos de positividade, são bem vindos e são capazes, quiçá, de deixar-se ênfase os aspectos que assim não sejam, porque aqueles são aspectos que dizem respeito mais às trocas, às verdades, à cooperação, à complexidade e, principalmente ao afeto entre seus membros.

---

<sup>233</sup> ZAMBRANO, Elizabeth. **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. In SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org). II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado-RS. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, p. 143.

<sup>234</sup> Idem. p 153.

<sup>235</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Ivone Maria Candido Coelho de Souza (org). II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, p. 26.

Assim, diante das várias interpretações estabelecidas devido às transformações do conceito de família observa-se que a questão gira em torno da convivência mantida e entrelaçada por laços de afeto e afinidade, estabelecendo um marco nas novas relações, desconsiderando-se a capacidade ou não de reprodução.

Porém, para Dias<sup>236</sup> é por absoluto preconceito que a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual.

Contudo, é importante destacar que são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que atribuem consequências jurídicas a essas relações. Surgindo, principalmente no Rio Grande do Sul uma nova postura, ou seja, a de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, mesmo que seja por analogia, assegurando-lhes partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.

E como bem enfatiza Hironaka<sup>237</sup>:

Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista, na qual se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais [...]

Dessa forma, não se deve negar que a constitucionalização da família, fez com que prevalecesse o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma relação de igualdade entre os membros familiares, quebrando assim velhos paradigmas e conceitos anteriormente adotados pelo Código Civil de 1916.

Assim, as famílias homoparentais são uma das possibilidades de construção familiar atual, uma das maneiras possíveis de viver em sociedade, trocando cuidados, afetos e compartilhando o cotidiano.

---

<sup>236</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

<sup>237</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. In SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org). II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, p. 14.

### **2.4.5 Princípio da Afetividade**

A Constituição Federal de 1988 elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto para seus cidadãos é o próprio Estado<sup>238</sup>.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988 nota-se que houve um alargamento conceitual de família, voltado mais à proteção da dignidade do ser humano, o qual deixou de ser mero partícipe, mero representante ou expectador de papéis sociais.

E nessa busca pela realização como ser humano, as famílias hoje já não são mais vistas de forma homogênea<sup>239</sup>. No momento em que a família passou a ser identificada pela presença de um elo de afeto, os vínculos da parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva e não pela consanguinidade<sup>240</sup>.

Assim, o novo paradigma familiar está centrado no afeto, na solidariedade, no respeito, na confiança, no amor, no projeto em comum, o qual permite o desenvolvimento pessoal e social de cada um dos seus membros. E é nesta busca pela consecução da dignidade de cada integrante do grupo é que se deve analisar o relacionamento afetivo de pessoas do mesmo sexo e enquadrá-lo, também, como entidade familiar.

#### *2.4.5.1 Afeto como elemento formador da família*

O Direito Romano foi fundamental na criação do direito brasileiro, visto que nas famílias, na antiguidade, existia a figura do patriarca como autoridade de chefe de família, ou seja, a família romana organizava-se em torno da descendência masculina, que tinha o controle das ações familiares, sociais e políticas, atuando a mulher no papel de coadjuvante, e os filhos como sinônimo de produtividade, ou seja, quanto mais filhos, melhores condições de sobrevivência.

---

<sup>238</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

<sup>239</sup>NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 108.

<sup>240</sup>DIAS, Maria Berenice. Sociedade de Afeto. Um nome para a Família. **Revista brasileira de Direito de Família**, nº 22, 2004, p. 19.

Nessa linha, Pereira<sup>241</sup> destaca que a família, no século XIX, era marcadamente patriarcal, e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, visto que sua finalidade era, principalmente, econômica. O vínculo familiar tinha fundamentos formais. A família era, praticamente, um núcleo econômico e, tinha também grande representatividade religiosa e política. O *pater familias* era o grande homem, o grande chefe, que acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes.

O mesmo autor acrescenta ainda que a mulher, por seu turno, limitava-se à execução das tarefas domésticas e à criação dos filhos, de modo a garantir o normal andamento das diretrizes familiares. Com o passar do tempo, a estrutura familiar foi sofrendo paulatinas modificações. Com o feminismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, esta estrutura hierárquica e tradicional sofreu transformações importantes.

Todavia, com esse quadro, reverteu-se com a Revolução Industrial, delineando um novo modelo de família, onde a mulher deixou de ser submissa e restrita ao marido e aos filhos; se inseriu no mercado de trabalho, não sendo mais o homem o núcleo da família e a única fonte de subsistência, a esposa passou a ocupar papel fundamental e importante ao lado do homem, na formação de uma família; e os filhos passaram a ter voz ativa e vontade própria perante os pais, ou seja, a família perdeu a característica de unidade de procriação e produção, acarretando, assim, uma maior proximidade entre os membros familiares, que passaram a dar maior importância ao vínculo afetivo.

Diante dessa nova estrutura e, independentemente de qual seja a interpretação de família, se é que existe uma definição concreta, denota-se que no decorrer dos anos, houve significativas transformações na história das famílias no Brasil e a nível mundial, uma vez que o desapego às formulações do passado gerou a alteração dos costumes, valores e comportamentos entre os membros da entidade familiar, abrindo, assim, espaço para a possibilidade de convivência marcada pela relação de afeto, amor e ajuda entre o grupo familiar, com a especial proteção estatal, que através das leis passou a assegurar assistência e amparo na pessoa de cada um dos integrantes de uma família.

---

<sup>241</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 127.

Dias<sup>242</sup> menciona, com a propriedade que lhe é peculiar, que o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue “[...] O afeto não é somente um laço que envolve integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família [...]”.

Diante deste novo olhar sobre a família, o que se verifica é que valorizaram as funções afetivas da família, onde os seus componentes estão menos sujeitos a regras e mais ao desejo.

Para Barroso<sup>243</sup> a família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o Direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao Direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhes são confiados.

Ainda segundo o mesmo autor no cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. a nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988.

#### 2.4.5.2 Afetividade como valor e princípio jurídico.

Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto ao âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional, porém, não significa que o afeto não seja assegurado pelo Estado, muito pelo contrário, pois com toda a transformação

---

<sup>242</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

<sup>243</sup>BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.s). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008, p 684.

que a família teve nos últimos tempos e a valorização dos vínculos conjugais, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Assim, com a nova ordem constitucional, desfez-se a exclusividade do matrimônio, e a pluralidade teve garantido o seu espaço. Destaca-se especialmente o reconhecimento de efeitos jurídicos às famílias, de fato, de pessoas de sexo diverso, ou seja, aquelas geradas no seio da sociedade, independente de uma solenidade jurídica para a constituição de um vínculo<sup>244</sup>.

Como bem enfoca Pereira<sup>245</sup> na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.

Por isso, a partir do momento em que o afeto é consagrado como direito fundamental, resta enfraquecida a noção de família atrelada exclusivamente à noção de matrimônio, pois hoje, é possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e também é crescente o matrimônio sem reprodução.

Como se vê, o novo paradigma familiar está centrado no afeto e a tutela das relações é feita valorizando-se os laços afetivos, que se traduzem numa comunhão espiritual de vida, a serviço da solidariedade e da dignidade humana.

Ademais, como muito bem esclarece Dias<sup>246</sup>:

[...] a família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. [...] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

---

<sup>244</sup> NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48.

<sup>245</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 129.

<sup>246</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

Destarte, com o transcurso do tempo, novas formas privilegiadas de afeto estarão a informar os novos modelos de família que deve o direito contemplar, pois as possibilidades de modelos familiares contidos na realidade fática da vida devem traduzir-se em relações jurídicas não cabendo mais ao Estado o antigo papel de impor certo modelo, principalmente, em uma sociedade eminentemente pluralista como a nossa.

#### *2.4.5.3 Parentalidade afetiva e efetiva*

Diante dos avanços das relações sociais vislumbra-se uma nova realidade, a família antes considerada patriarcal oriunda exclusivamente do casamento passa a um patamar inferior em razão de uma nova ordem jurídica, dando origem à família moderna unida por laços de afeto, monoparental, homoparental.

A transformação do grupo familiar veio a favorecer a prática da dissolução do matrimônio, uma vez que a nova família fundamenta-se no bem estar da prole, predominando os laços de afetividade nas relações entre seus membros, observando os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Na visão de Pereira<sup>247</sup>:

Uma das mais relevantes conseqüências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos. [...] Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito.

Por isso, é que na história dos tribunais o direito se faz concreto e incorpora os anseios da sociedade, pois é o que se está vendo com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, visto que depois do reconhecimento do afeto a sociedade teve uma nova resposta para as questões referente à filiação, a qual não se esgota na genética.

A filiação socioafetiva define-se como uma relação de carinho e afeto caracterizando-se no ordenamento jurídico pela posse de estado de filho, onde são

---

<sup>247</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 130.

encontrados os elementos necessários a fim de que a filiação possa ser reconhecida.

Nesse diapasão, três são os requisitos do estado de filho afetivo considerados pelo ordenamento jurídico: nome, trato e fama. Assim, é necessário que o filho tenha o sobrenome do pai, uma convivência baseada no afeto, carinho e todos os cuidados pertinentes à formação do ser humano, bem como essa convivência seja pública perante a família e a sociedade.

Para Pereira<sup>248</sup> é este tripé que garante a experiência de família e nele o pressuposto do afeto. Afinal, quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação. E é claro que a consequência direta do desejo, neste caso, é a construção do afeto.

Contudo, deve se levar em consideração as situações em que não é possível ao pai demonstrar publicamente a posse de estado de filho, como por exemplo, quando a relação é extramatrimonial e o pai é casado, pois neste caso à doutrina dispensa o requisito nome, considerando tão somente para sua confirmação o tratamento e a publicidade.

Todavia, verifica-se que o tratamento e a fama são elementos que não podem separar-se em virtude de não ser suficiente o pai possuir uma relação pública com o filho e não dispensar a ele a atenção, o carinho, a educação e todos os cuidados necessários ao seu desenvolvimento e assim reciprocamente.

Presentes os requisitos anteriormente mencionados, faz-se presente a relação socioafetiva entre pai e filho, uma vez que o estado de filho concretiza-se diante da manifestação do afeto como requisito principal nas relações familiares. Importante esclarecer que para a posse de estado de filho restar caracterizada é necessário que os atos paternais aconteçam reiteradas vezes e sobre eles não parem nenhuma dúvida.

Assim, presentes os pressupostos para o estabelecimento da filiação socioafetiva e não havendo qualquer obstáculo compete ao juiz apreciar o caso exposto e julgar com o seu livre convencimento, levando sempre em consideração o bem estar do filho.

---

<sup>248</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p.131-132.

Além disso, hoje as pessoas se reúnem em família em razão da afetividade e do convívio amoroso, sendo secundários os laços biológicos ou legais.

Nesse sentido Pereira<sup>249</sup> enfatiza:

O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnem de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia.

Ao tratar das questões sócio-afetivas nas relações familiares novos olhares surgem. Firmado nesta nova realidade Fachin<sup>250</sup> assinala com objetividade: Têm relevância jurídica as uniões estáveis de natureza homossexual. Baseando-se no texto constitucional garantidor da liberdade, da igualdade sem distinção de qualquer natureza e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, este jurista defende o direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo, inerente e inegável da pessoa humana. Como direito fundamental e direito da personalidade, esta condição conduz a afastar a identidade social e jurídica das pessoas pelo predicado da homossexualidade. Ainda segundo a opinião de Fachin, o sistema jurídico estabelece como mecanismo de controle, uma identidade sexual às pessoas desde o nascimento, não levando em conta questões outras, sociais e psicológicas. O registro civil marca o indivíduo enquanto ser social, normalmente para sempre, desconhecendo a pluralidade psicossomática das pessoas.

Por outro lado, insta mencionar que a inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos. Daí a importância e suma relevância da interpretação através de princípios, mormente o princípio da afetividade, pois a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio.

---

<sup>249</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. In: **Revista Ajuris**, n 42, 1988, p. 52.

<sup>250</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos Jurídicos da União entre Pessoas do Mesmo Sexo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 113.

### **3 DESDOBRAMENTO JURISPRUDENCIAL DO RECONHECIMENTO DOS HOMOSSEXUAIS PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DE REALIZAÇÃO DA CIDADANIA NO RIO GRANDE DO SUL**

O interesse precípua deste trabalho foi apresentar através da análise da trajetória dos movimentos homossexuais suas formulações teóricas, bem como abordar as demandas e as estratégias dos movimentos, visto que o movimento homossexual não só no Brasil, mas em todo o globo, está calcado fundamentalmente na defesa da identidade. Embora se possa questionar a (in)conveniência da adoção de uma suposta identidade homossexual como bandeira, ou até mesmo a sua existência (já que o movimento é composto por atores de realidades identitárias bastante díspares), a identidade é parte constitutiva da formação do movimento.

Partindo do pressuposto de que o Estado democrático de direito é, por excelência, o palco político que possibilita a existência de cidadãos, pretende-se analisar o papel desempenhado pelo movimento homossexual brasileiro na ampliação do exercício de cidadania, através das suas reivindicações levadas a juízo, com enfoque especial na posição jurisprudencial no Estado do Rio Grande do Sul, visto que despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do Direito de Família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (PL n.º 1.151/95 e PL n.º 2.285/07), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário,

a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual. Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu art. 1º, que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Insta mencionar ainda que o STF teceu linhas fundamentais a respeito do tema, por ocasião do julgamento da ADI 3.300/MC/DF, DJ de 9/2/2006, em que o Min. CELSO DE MELLO, a despeito de não decidir o mérito da questão, por razões de ordem estritamente formal, acenou no sentido da “relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas”.

### **3.1 POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA**

Mesmo que não exista uniformidade jurisprudencial sobre o assunto, alguns casos referentes às uniões de pessoas do mesmo sexo foram levados à apreciação do Poder Judiciário, resultando nas mais distintas decisões.

A relação entre homossexuais e o judiciário passou a estreitar-se em virtude dos conflitos entre companheiros e família de vítimas da AIDS no que concerne à destinação do patrimônio do doente, ou do morto, por meio de curatela ou sucessão, respectivamente.

Um caso pioneiro e amplamente noticiado foi a demanda judicial em que se discutia a herança do pintor Jorge Guinle Filho que, após viver dezessete anos com o fotógrafo Marco Rodrigues, firmou um testamento em seu favor, destinando-lhe a metade de seus bens. No entanto, soropositivo e já com os sintomas da doença, alterou a sua declaração de vontade, pois, em 1987, dias antes de morrer, fez outro testamento, nomeando como única herdeira a sua mãe. Após anos de discussão, a justiça brasileira reconheceu a sociedade de fato do casal, e determinou a partilha de bens, beneficiando o companheiro<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> O jornal O Popular, de 9 de março de 2004, noticia uma ação judicial pelo reconhecimento de união estável homossexual ajuizada pelo iluminador cênico, José Carlos Pereira da Silva, de 39 anos, em relação ao professor M., 36, que morrera vitimado pela Aids, em fevereiro do mesmo ano: Com o

Dessa forma, importante repisar-se as palavras de Dias<sup>252</sup>:

A circunstância de inexistir legislação que contemple os direitos emergentes das relações de pessoas do mesmo sexo não tem impedido que algumas questões sejam levadas ao judiciário. A dificuldade de reconhecer um vínculo afetivo como fundamento das pretensões deduzidas em juízo tem permitido a concessão de restritos direitos e ao deferimento de bem poucos benefícios, e isso em um aspecto muito limitado.

Assim, a ausência de regulamentação expressa às uniões homoafetivas, somente faz fomentar ainda mais o preconceito, a discriminação e a desigualdade, além disso, como já exposto no capítulo anterior, viola frontalmente os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação quanto à união homossexual.

Desta feita, não se deve mais permitir o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar.

Além disso, atualmente é possível relacionar decisões judiciais favoráveis a homossexuais (e também desfavoráveis, é claro) já em quase todos os campos do direito como se verá na abordagem do próximo subtítulo.

### 3.2 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES EXISTENTES EM NOSSOS TRIBUNAIS

A seguir, faz-se a transcrição de algumas ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as quais refletem os entendimentos do nosso Tribunal relativo às questões homoafetivas no que se refere aos pleitos levados a juízo.

**EMENTA:** AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e

---

reconhecimento legal do relacionamento, José Carlos vai disputar, também na Justiça, os bens deixados pelo companheiro, sobretudo o apartamento onde viviam juntos desde junho de 2001.

<sup>252</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.133.

repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parças matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005)

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO HOMOAFETIVA. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA DE APORTES FINANCEIROS DIRETOS. PEDIDO ALTERADO. UNIÃO ESTÁVEL. DESCABIMENTO. 1. O direito brasileiro não veda a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, sendo necessário, entretanto, que aquele que busca o ressarcimento sobre possível participação na aquisição do patrimônio amealhado na constância da sociedade fática, demonstre, através de prova inequívoca, sua participação efetiva na construção do patrimônio através de aportes financeiros diretos. 2. Como a autora comprova pagamentos feitos relativamente à aquisição do imóvel, exibindo recibos, é cabível a partilha dos valores pagos. Recurso provido, em parte, por maioria, vencido o Relator. (Apelação Cível Nº 70024543951, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 05/11/2008).

Verifica-se nas ementas acima colocadas que a Ação Declaratória é o meio correto de se requerer o reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Destacando em seguida que não há qualquer vedação no ordenamento jurídico de reconhecimento da sociedade fática, porém aceitando que podem configurar também sociedade de fato.

Chama a atenção, ainda, que em algumas decisões favoráveis há destaque sob o viés do afeto, ou seja, traço comum que une as pessoas de uma família e, dessa forma, potencializando para, no caso concreto, o seu possível reconhecimento. É o que se verifica nas decisões a seguir:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. INICIAL NOMINADA ERRONEAMENTE DE SOCIEDADE DE FATO. NULIDADE INOCORRENTE. PRELIMINAR REJEITADA. Não é nulo o processo e a sentença quando se constata ter havido apenas mero equívoco terminológico no nome dado à ação, sendo clara a intenção do autor de buscar o reconhecimento de uma `união estável`, e não mera `sociedade de fato`. Versando a controvérsia sobre direito de família, a competência funcional é das Varas de Famílias. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homoafetiva é fato social que se perpetua no tempo, não se podendo admitir a exclusão do abrigo legal, impondo prevalecer a relação de afeto exteriorizada ao efeito de efetiva constituição de família, sob pena de afronta ao direito pessoal individual à vida, com violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Diante da prova contida nos autos, mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, já que entre os litigantes existiu por mais de dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. ALIMENTOS.

DESCABIMENTO. Revelando-se o requerente pessoa jovem e sem qualquer impedimento ao trabalho, é de se indeferir o pensionamento, impondo-se a efetiva reinserção no mercado de trabalho, como, aliás, indicado nos autos. Preliminar rejeitada e recurso do requerido provido em parte, por maioria, e recurso do autor não conhecido, á unanimidade. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021908587, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 05/12/2007).

**EMENTA:** FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).

As decisões a seguir destacadas reconheceram efeitos as uniões homoafetivas fundamentando seus posicionamentos especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. A seguir o teor das referidas emendas:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004).

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela

jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2005)

**EMENTA:** UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR. (Apelação Cível Nº 70006844153, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/12/2003)

Importante destacar que para haver o reconhecimento de uma relação homossexual deve esta relação ser similar à familiar, baseada no afeto, além de pública, duradoura e contínua. No caso seguinte, julgado pela 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não reconheceram efeitos similares a uma entidade familiar, em razão da ausência de comprovação dos pressupostos mínimos.

**EMENTA:** AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL NÃO COMPROVADO. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que sequer tenha sido comprovada a relação homossexual, não há como reconhecer a pretendida união homoafetiva com o propósito de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável, não havendo sequer sociedade de fato. Recurso desprovido, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70018971804, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/08/2007)

No mesmo sentido foi a decisão seguinte, que considerou que a ausência de convivência na mesma residência afasta a possibilidade de equiparação com entidade familiar.

**EMENTA:** RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e

uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como reconhecer a pretendida união homossexual com o objetivo de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável. Recurso desprovido, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70009888017, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/04/2005).

Diante das decisões proferidas, inquestionável, portanto, haver a apreciação do Poder Judiciário no sentido de solver as lides que lhes são apresentadas a julgamento, pois a falta de normatização não deve ser óbice para que o julgador deixe de reconhecer como aptas a gerar efeitos as entidades familiares homoafetivas.

Além disso, discussão sobre a possibilidade de reconhecer união estável entre pessoas do mesmo sexo já chegou às portas do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade há dois anos, o ministro Celso de Mello afirmou que a união homossexual deve ser reconhecida como uma entidade familiar e não apenas como “sociedade de fato”. A manifestação foi pioneira no âmbito do STF e indicou que a discussão sobre o tema deve ser deslocada do campo do Direito das Obrigações para o campo do Direito de Família. A opinião do ministro foi explicitada no exame de uma ação proposta pela Associação Parada do Orgulho Gay, que contestou a definição legal de união estável: “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1.723 do Código Civil). Celso de Mello extinguiu o processo por razões de ordem técnica, mas teceu considerações sobre o que afirmou ser uma “relevantíssima questão constitucional”. O ministro entendeu que o STF deve discutir e julgar, em novo processo, o reconhecimento da legitimidade constitucional das uniões homossexuais e de sua qualificação como “entidade familiar”<sup>253</sup>.

Dessa forma, O Supremo Tribunal Federal, ao menos em duas oportunidades, já manifestou postura francamente favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Os ministros Celso de Melo e Marco Aurélio, em decisões monocráticas, mostraram indignação ante ao descaso social a este segmento da população.

---

<sup>253</sup> **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br>>. Acesso em: 26 jun. 2010.

### 3.2.1 Analogia com a chamada União Estável

O Direito tem a pretensão de regular todas as situações relevantes para o convívio social, ainda que não haja norma específica. Para tanto, são previstos métodos de integração da ordem jurídica, como a analogia e o recurso dos costumes e dos princípios gerais do direito.

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra

Porém, ainda que sejam evidentes os avanços nas decisões judiciais sobre o Direito de Família, ainda não houve o devido reconhecimento por parte do legislador as uniões homoafetivas. Contudo, deve o julgador, em face aos princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, dar às uniões homoafetivas, tratamento analógico às uniões estáveis, pois a falta de inserção e aceitação social acarreta aos conviventes homossexuais problemas tanto de ordem jurídica quanto de ordem social.

Nessa linha de pensamento Dias<sup>254</sup> menciona que diante da ausência de legislação específica “está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não matrimonializados, e que receberam a denominação de união estável”.

---

<sup>254</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 88

Salienta ainda a citada autora que o silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que tem o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável.

Destaque-se, nesse viés, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria do Des. José Carlos Teixeira Giorgis<sup>255</sup> pela qualidade de seus fundamentos:

Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

O relator acrescenta ainda, é imperioso que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor. É necessário, pois, qualificar a relação homoerótica como entidade familiar, com uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, timbrando-a como espécie de união estável.

Rios<sup>256</sup> destaca que a equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa das uniões homossexuais, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher. A semelhança, aqui presente, autorizadora da analogia, seria: 1) a ausência de vínculos formais; e 2) a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente ente companheiros de mesmo sexo, assim como ocorre com companheiros de sexo opostos.

---

<sup>255</sup> BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003.

<sup>256</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 122.

Acrescenta dizendo que a analogia nesse caso pressupõe a semelhança normativa essencial entre a união estável e as uniões homossexuais. Do ponto de vista aqui defendido, a semelhança relevante entre estas duas situações é a pertinência ao âmbito do direito de família, tendo presente o atual estágio de compreensão do fenômeno familiar pelo ordenamento jurídico, onde prevalece a proteção da realidade diante do culto à forma<sup>257</sup>.

Esta semelhança, frisa-se, não decorre de analogia das uniões homossexuais com a união estável, mas da própria dinâmica das uniões homossexuais e sua pertinência à configuração jurídico-constitucional do conceito amplo de família. Assentada esta nota essencial comum às duas hipóteses, a união estável se distingue das uniões homossexuais precisamente em virtude do requisito da diversidade sexual entre companheiros expressamente consignado no texto do artigo 226, § 3º, bem como na determinação constitucional de se facilitar sua conversão em casamento, aspecto que também afasta as uniões homossexuais da união estável<sup>258</sup>. Todavia, há uma vertente doutrinária que defende a aplicação de algumas das regras da união estável por analogia.

Segundo Nahas<sup>259</sup> este critério deve ser utilizado para a solução de controvérsias infraconstitucionais, e não na interpretação constitucional. De qualquer forma, não se pode negar a importância desta corrente doutrinária, por facilita a identificação como entidade familiar das uniões homoafetivas.

Conforme argumentação de Dias<sup>260</sup>:

[...] A solução dos conflitos decorrentes dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios em instituição com que guarde semelhança: a família [...] Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional [...] o só-fato de os conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

---

<sup>257</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 123.

<sup>258</sup> Idem. Ibidem.

<sup>259</sup> NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119.

<sup>260</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 94

Ainda conforme a mesma autora o problema do uso da analogia com a união estável para conferência de direitos aos relacionamentos homossexuais é que se está analisando a questão somente do ponto de vista infraconstitucional, não sendo verificada a viabilidade do ponto de vista constitucional. A analogia somente é permitida se houver a compreensão de que estas uniões podem ser incluídas no conceito de família constitucionalmente previsto, o que não é feito pela autora, que se limita a julgar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 226 da Constituição.

Insta mencionar ainda que, nesse sentido a pioneira decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul que, em 14/3/2001, reconheceu direito sucessório a vínculo homoafetivo. Em face da omissão legal, foi analogicamente aplicada a legislação que regula as uniões extramatrimoniais. Buscando subsídios na lei que rege a união estável, foi determinada a divisão igualitária do acervo patrimonial amealhado durante o período de convivência, que perdurou por 30 anos, ante a presunção de mútua colaboração geradora do estado condominial.

Dessa forma, para Matos<sup>261</sup> em se estabelecendo essa analogia, consequentemente a competência pertencerá às Varas de família, e assim se sobrelevará um benefício para os assuntos concernentes à união de pessoas do mesmo sexo – porquanto o juiz de família está mais habituado e, logo, mais habilitado para o exame, em razão da especificidade dos litígios desse ramo do Direito. Quando a lide se refere aos laços afetivos, os sujeitos envolvidos trazem para o judiciário uma dimensão particularmente personalística, em muito diversa do panorama dos demais ramos do Direito.

### **3.2.2. Entidade familiar caracterizada por meio do afeto**

Para Matos<sup>262</sup> apesar da generosidade de se buscar tutela na idéia de sociedade de fato ou mesmo na analogia da Súmula 380 do STF – empregando-se o que podemos denominar “uso alternativo do direito”, acredita-se não dever ser esse o melhor fundamento de solução jurídica. Isso defende-se porque uma união afetiva não pode ter como justificativa, para sua tutela jurídica, a sociedade de fato,

---

<sup>261</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 86.

<sup>262</sup> Idem. p. 72.

marcada pela busca de fins lucrativos e econômicos. Não se trata de sociedade de fato, mas sim de sociedade de afeto. São realidades eminentemente diversas.

O acórdão do STJ, pioneiro em reconhecer efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, efetuou benefícios para a caminhada da efetiva tutela. Devido à importância de tal decisão, destaca-se o seguinte trecho<sup>263</sup>:

A motivação que eles tiveram para formá-la, ou seja, o *afeto recíproco* que parecia haver entre eles, por mais que queiramos deixar de abordar esse tema, sempre estará necessariamente presente, porque seria difícil reconhecer essa sociedade de fato existente entre duas pessoas do mesmo sexo, que a tivessem criado apenas por motivação material. Parece-nos que a sociedade ora cogitada decorreu não dessa motivação da formação de um patrimônio comum, senão de um afeto que existia entre eles e que os animava a manter um relacionamento em comum. Os benefícios patrimoniais decorrentes dessa união, parece-me que foram senão aleatórios pelos menos secundários; não foi essa a grande motivação que tiveram para mantê-la.

Na mesma linha as palavras do Des. Giorgis<sup>264</sup>:

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e, mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmo efeitos dela.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, tem-se o exemplo de um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual houve a analogia do artigo 4º da LICC. Eis a ementa<sup>265</sup>:

À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador. Essa preocupação, o que

<sup>263</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Resp.n. 148897/MG. Rel.Min. Ruy Rosado Aguiar. 10.2.1998.

<sup>264</sup> BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001.

<sup>265</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Ordinária nº 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 22 de julho de 2007.

cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.

Além disso, questões amplamente noticiadas pelos meios de comunicação – como à guarda do filho da cantora Cássia Eller – se fosse fundada como solução jurídica a sociedade de fato seria insuficiente para traduzir a comunhão de afeto que a parceira da mãe biológica representava para a criança. Pois neste caso concreto, a parceira da cantora sempre representou efetivamente para a criança os papéis comumente realizados pelo pai ou pela mãe.

Dias<sup>266</sup> traduz esta questão da seguinte forma:

A mesma resistência dos juízes em reconhecer juridicidade às uniões extramatrimoniais repete-se frente às relações homossexuais. Enorme a dificuldade em identificá-las como uma entidade familiar, como se as características anatômicas dos parceiros impedissem a vida em comum com os mesmos propósitos das relações heterossexuais. Ainda a jurisprudência se inclina em reconhecer a existência de uma sociedade de fato, estribando-se no art. 931 do Código Civil. Visualiza-se exclusivamente um vínculo negocial, como se o fim comum do “contrato de sociedade” não fosse uma relação afetiva com as características de uma família. Nitidamente preconceituosas a analogia que é feita. Nega-se a origem do vínculo, que é um elo de afetividade, e não uma obrigação de bens e serviços para o exercício da atividade econômica. A consequência é desastrosa. Chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, e não de união estável, leva à sua inserção ao Direito Obrigacional, com conseqüente alijamento do manto protetivo do Direito das Famílias o que, via de conseqüência, enseja o afastamento também do Direito Sucessório.

Dessa forma, ao reconhecer as uniões homoafetivas por intermédio da sociedade de fato está se ocultando o caráter afetivo destas relações transformando o afetivo numa mera relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza.

Contudo, as uniões homoafetivas, diferentemente das uniões heterossexuais, que foram reconhecidas constitucionalmente como sociedade de afeto, ainda são identificadas como meras sociedades de fato. Porém, se a tutela das relações familiares é feita valorizando-se os laços afetivos, que se traduz na realização afetiva individual dos seus membros, como forma de realização da sua dignidade,

---

<sup>266</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3<sup>o</sup> edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 88-89.

negar que as uniões homoafetivas têm por elo o afeto é ferir o princípio da pluralidade de forma de família.

Por outro lado, insta mencionar, que já se tem julgado afirmando que o afeto por si só não vincula uma pessoa a prestar alguma obrigação para com a outra no término da relação homoafetiva, como demonstra a ementa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>267</sup>:

A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações.

Vê-se, portanto, que não há uma uniformidade nos julgamentos. Assim, a qualificação jurídica familiar à união homoafetiva não depende da existência da união estável, pois os requisitos caracterizadores da união estável como entidade familiar são de ordem objetiva, porém, o afeto é de ordem subjetiva, ou seja, é o mais importante elo entre as pessoas fica da análise de cada julgador.

### **3.2.3. Possibilidade Jurídica do Pedido**

Recentemente, o STJ reconheceu a possibilidade jurídica da ação declaratória de união homoafetiva, sob o fundamento de que não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. Afirma o ministro Antônio de Pádua Ribeiro que os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Ponderou o Relator: Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

---

<sup>267</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 001.04634, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 24 de abril de 2007.

E conclui: Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador<sup>268</sup>.

Contudo, no âmbito específico do Direito de Família, existem divergências sobre a possibilidade de reconhecimentos de uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A ausência de previsão constitucional e legal expressa é o principal motivo para a negativa desta possibilidade.

Verifica ainda que a divergência também existe nas jurisprudências que vem sendo divergente no sentido de conferir tutela jurídica em decorrência da possibilidade de várias interpretações através da legislação que regulamenta a união estável, cabendo ao magistrado analisar e julgar cada caso de acordo com seu convencimento. Assim, importante destacar a ementa TJ/RS no que se refere ao assunto<sup>269</sup>:

**EMENTA:** UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Por derradeiro, vale ressaltar a importância dessas decisões para o reconhecimento da União Homoafetiva, pois elas verificam a existência do requisito da possibilidade jurídica do pedido, ou seja, o Tribunal reconheceu que, mesmo ausente norma expressa sobre o tema no ordenamento, as leis vigentes nos dão meios para legitimar a união entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 820475-RJ, 4ª T. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2008.

<sup>269</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70006844153, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/12/2003.

### **3.2.4 Admissibilidade de Adoção**

Não obstante inexistam óbices legais à adoção por casais homossexuais uma vez que não há legislação que vede expressamente, o tema divide opiniões tendo em vista o preconceito arraigado na sociedade.

A Constituição Federal considera a família a base da sociedade, a merecer a especial proteção do Estado (CF 226). Não é por outro motivo que assegura a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, um punhado de direitos fundamentais, entre eles, o direito à convivência familiar (CF 227), preservado em virtude do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes.

Assim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescentes muito bem explicitado no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Diante disso, o atendimento ao princípio em comento deve ser feito não somente na tomada de decisões jurisdicionais, mas também, quando da sua efetivação. Garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de uma criança e/ou adolescente.

Assim, um casal homoafetivo, além do motivo legítimo de almejar ser pai (ou mãe, como for o caso), pode oferecer (analisando-se o caso concreto) melhores vantagens, tais como educação, saúde, atenção e uma “atmosfera de amor” no ambiente familiar se levar em comparação daquelas que estas crianças receberiam em instituições de acolhimento, seja familiar ou institucional.

Um caso paradigmático, que colocou o assunto em discussão e os operadores do Direito a refletir na forma em que se concretiza o Melhor Interesse da Criança, ocorreu com o falecimento da conhecida cantora Cássia Eller, no qual se discutiu qual seria o futuro de seu filho, Francisco Ribeiro Eller, mais conhecido como Chicão<sup>270</sup>.

Tal discussão originou-se da condição de homossexual da cantora, que vivia com sua companheira, Maria Eugênia. Com a morte de Cássia, foi iniciada uma

---

<sup>270</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p. 96**

disputa pela tutela de Chicão entre o avô materno da criança e Maria Eugênia, já que o pai era também falecido. O que era melhor para Chicão: ficar sob os cuidados da companheira da mãe, com quem convivia diariamente e tinha com ela um vínculo familiar ou com seu distante avô? Afinal, quais as conseqüências desta convivência para a vida da criança? A homossexualidade da mãe e de sua companheira poderiam influenciar maleficamente na formação fisiopsíquica da criança? Além disso, pela ordem de prelação do então Código Civil de 1916 e depois repetido no art. 1.731 do Código Civil de 2002, os avós, por indicação legal, seriam os tutores do menor<sup>271</sup>.

Em decisão inédita, o juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, Leonardo Castro Gomes, concedeu a guarda provisória da criança a Maria Eugênia. No trâmite do processo, ouviu a criança em primeiro lugar e, após, as partes e as testemunhas. Posteriormente, fizeram um acordo, na qual o avô concordou que a companheira de Cássia fosse a tutora de Chicão, o que se pode considerar uma vitória da ética sobre a moral<sup>272</sup>:

Teria sido acertada esta decisão judicial homologatória? Estaria preservado o bem-estar de Chicão? Não há dúvidas que sim. Foram considerados os vínculos afetivos e familiares existentes entre eles. Afinal, era ela a mãe socioafetiva da criança, pois a mãe biológica sempre viajava pelo país a trabalho. Era Maria Eugênia quem cuidava da sua educação, quem estava ao seu lado no dia-a-dia, acompanhando seu desenvolvimento e crescimento. O avô, por seu turno, tinha pouco contato com o neto e não havia nenhum laço relevante entre eles. O que deveria ter sido verificado era se Cássia, Eugênia e Chicão formavam, verdadeiramente, uma família. Afinal, família não é um agrupamento natural, mas cultural. O que importa é a existência de pessoas que cumpram na vida uma das outras o papel paterno e materno, inexistindo vinculação destes com os genitores biológicos. Neste caso, portanto, não há dúvidas de que foi atendido o Princípio do Melhor Interesse da Criança. As partes souberam despir-se de preconceitos, para buscar o bem-estar de Chicão, pois é claro que ele se sentiria muito melhor dando continuidade à sua vida, no seu ambiente social, com a pessoa que lhe nutre grande afetividade, e lhe é fundamental para sua estruturação psíquica, do que estar em companhia de alguém que, embora 'tenha seu sangue', não tivesse com ele ligações afetivas

Cumprе ressaltar, também, a sentença, que deferiu a adoção a casal homossexual gaúcho. A decisão foi proferida pelo TJ/RS, que deferiu a uma mulher

---

<sup>271</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR, 2004, p.97**

<sup>272</sup> Idem. Ibidem. .

o pedido de adoção dos filhos adotivos de sua companheira com quem convivia há oito anos<sup>273</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e os adotantes.

Destaca-se que as restrições apresentadas com relação à adoção por casais homoafetivos são em sua maioria de ordem religiosa, psicológica e moral e sem uma fundamentação comprovada.

Com as novas regras para a adoção trazidas pela Lei 12.010/2009<sup>274</sup>, de 3 de agosto de 2009, e que entrou em vigor no dia 03/11/2009, no que se refere a adoção o §2º do art.42 reforça a opção do legislador brasileiro de não aceitar a adoção por pessoas do mesmo sexo figurando como pai e como mãe. Contudo, registre-se, como anteriormente mencionado, que existem decisões judiciais que superam esse entendimento e deferem adoções a pessoas em união homoafetiva.

Dessa forma, no dia 27 de abril de 2010, o STJ manteve a adoção de duas crianças por um casal homossexual do Rio Grande do Sul. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu a mais inovadora decisão para o direito de família brasileiro. Por unanimemente, os nobres ministros do STJ negaram o recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e ratificaram a decisão que autorizou a adoção de duas crianças por um casal de conviventes lésbicas.

---

<sup>273</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006.

<sup>274</sup> Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

A Quarta Turma, ao seguir o voto do relator, ministro Luiz Felipe Salomão, apenas solidificou um entendimento do próprio STJ que, “nos casos de adoção deve prevalecer sempre o melhor interesse para as crianças” (Site do IBDFam). No caso em tela, uma das mulheres já havia adotado as crianças quando ainda bebês. A sua convivente que sempre auxiliou no sustento e na criação apenas deu entrada no pedido de adoção dos filhos adotivos de sua companheira com o fito de também se tornar mãe de direito e com isso poder dar melhores condições sociais e financeiras às crianças que já eram seus filhos de fato

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) aponta que o ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que o laudo da assistência social recomendou a adoção, assim como o parecer do Ministério Público Federal. Ele entendeu que os laços afetivos entre as crianças e as mulheres são incontroversos e que a maior preocupação delas é assegurar a melhor criação dos menores. Em face do exposto e por último, cabe mencionar as palavras do presidente da Quarta Turma do STJ ao final da votação, quando falou em esclarecimento: “não estamos invadindo o espaço legislativo. Não estamos legislando. Toda construção do direito de família foi pretoriana. A lei sempre veio a *posteriori*”.

Cabe salientar que o Estado pioneiro no reconhecimento da adoção por pares homossexuais é o Rio Grande do Sul. Em Catanduva, interior de São Paulo, há registro de outro caso, onde somente um dos parceiros havia se candidatado à adoção, mas, por determinação judicial, o processo de habilitação foi levado a efeito envolvendo também o parceiro, tendo sido deferida a adoção dos dois. Além das decisões acima citadas, já foram deferidas outras adoções nos Estados do Acre, Goiás e Pernambuco.

Vale destacar também que na Câmara dos Deputados<sup>275</sup> há projetos de lei favoráveis e desfavoráveis à possibilidade da adoção de crianças por pares homossexuais. Está em trâmite o projeto de lei 2285/2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro do PT/BA, intitulado como o “Estatuto das Famílias”, que propõe uma reforma do Livro de Direito de Família do Código Civil, alterando de forma ampla seus institutos, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e assegurando-lhe direitos nos aspectos que tangem à guarda e convivência com filhos, à adoção, ao direito previdenciário e direito à

---

<sup>275</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/557621.pdf>> Acesso em: 25 jun.2010.

herança. Dentre os projetos que tem por objetivo vedar a adoção por homossexuais destacamos: O projeto de lei 3323/2008, de autoria do deputado Walter Brito Neto do PRB/PB, propõe acrescentar ao artigo 39 da Lei 8.069/90, o parágrafo 2º com a seguinte redação: “*é vedada a adoção por casal do mesmo sexo*”. O projeto de lei 4508/2008, de autoria do deputado Olavo Calheiros do PMDB/AL, propõe a alteração do parágrafo único do artigo 1618 do Código Civil que passaria a vigorar com a seguinte redação: “Parágrafo único. A adoção poderá ser formalizada, apenas por casal que tenha completado dezoito anos de idade, comprovado o casamento oficial e a estabilidade da família, sendo vedada a adoção por homossexual.”

### ***3.2.5. Pensão por morte de companheiro homossexual***

Em relação a direitos previdenciários, os avanços são inegáveis e é facilmente localizável a atuação do movimento homossexual, pois a partir da ação civil pública movida pela Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a pedido do grupo Nuances, de Porto Alegre-RS, o INSS foi denunciado por prática discriminatória e atentatória aos direitos humanos dos homossexuais. O grande avanço para o movimento homossexual consiste no fato de que o caso foi definitivamente julgado pelo Supremo Tribunal Federal que, pelo voto do Ministro Marco Aurélio Mello, deferiu medida liminar de abrangência nacional que determinou as seguintes medidas a serem cumpridas pelo INSS:

- a) passar a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91);
- b) possibilitar que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da autarquia, até mesmo nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso;
- c) passar a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei no 8.213/91 e art. 22 do Decreto no 3.048/99);
- d) fixar o prazo de dez dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento dessa decisão, sob pena de multa diária de trinta mil reais, com fundamento no art. 461, §4º, do Código de Processo Civil.

Assim, a decisão liminar proferida nos autos da ação civil pública 2008.71.00.009347-0 determinou que o INSS, em âmbito nacional passasse a

considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial, dentro do inciso I do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Entendeu que ao se considerar companheiro ou companheira apenas a pessoa que sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o §3º do artigo 226 da CF, violaria diversos princípios e garantias constitucionais, como aqueles que asseguram o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça, dentre outros, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Mencionou o desrespeito ao princípio da dignidade humana ao se esclarecerem rótulos, neste caso, a orientação sexual, que além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoa que deveria, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangida.

No que tange à violação do princípio da igualdade, afirmou que não haveria critérios razoáveis para se fazer distinção entre a união de pessoas do mesmo sexo e a união de pessoas de sexo diverso, já que em ambas estariam presentes a relação de afeto, companheirismo e mútua dependência.

Assim, também aos companheiros homossexuais, a dependência econômica é presumida, pois foram esses incluídos na primeira classe do artigo 16, devendo apenas comprovar o vínculo com o segurado.

A instrução normativa do INSS, nº 25, de 07 de junho de 2002, decorrente da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, por meio de sentença judicial transitada em julgado, estabeleceu pela primeira vez procedimentos que incluíam o companheiro homossexual como dependente previdenciário.

A Instrução Normativa que regula, neste momento, os dependentes homoafetivos beneficiários, é a IN, nº 118, de 18 de abril de 2005, que disciplina:

Art. 30. O companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum e a dependência econômica, concorrem, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo tendo ocorrido anteriormente à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

Sendo estendidos aos companheiros homossexuais, os benefícios destinados aos dependentes previdenciários, que apesar de situado na primeira classe preferencial, a estes, a lei não conferiu a presunção de dependência econômica.

Portanto, cabe a estes comprovar sua dependência em relação ao segurado, por meio dos documentos elencados no art. 22º, § 3º, do Dec. 3.048/99.

Assim, atualmente, já são comuns decisões que atestam o direito de homossexuais receberem pensão de companheiros.

A pensão por morte ao companheiro de relacionamento homoafetivo também já foi concedida pelo STJ, reconhecendo, inclusive, a legitimidade do Ministério Público para intervir no processo em que ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais. Disse o Min. Hélio Quaglia Barbosa: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Eis o fundamento da decisão: “Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico”<sup>276</sup>:

Art. 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

Agora, mais uma vez, o STJ reafirma: os que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo estão enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. A ministra Fátima Nancy Andrigui, ressaltou que a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo não pode ser ignorada em uma sociedade com estruturas de convívio familiar cada vez mais complexas, para se evitar que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

---

<sup>276</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 395904-RS, 6ª T. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.12

Segundo a relatora, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Diante da lacuna da lei que envolve o caso em questão, a aplicação da analogia é perfeitamente aceitável para alavancar como entidade familiar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Se por força do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares<sup>277</sup>.

Vale destacar ainda que em 10/07/2003 a Universidade Federal de Santa Catarina foi condenada a pagar pensão por morte ao companheiro homossexual de um professor, em face da união mantida durante sete anos. Também a Justiça Federal do Rio Grande do Norte, no dia 07/03/2004, prolatou sentença, assegurando ao parceiro homossexual de um militar o direito de perceber pensão por morte do companheiro.

Desta feita, como se pode verificar no que diz respeito ao direito de pensão por morte o companheiro do mesmo sexo está sendo bem assegurado.

### **3.3 A RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Como já mencionado anteriormente as questões relativas às uniões homoafetivas já chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello e o Ministro Marco Aurélio em determinada oportunidade manifestaram-se, publicamente, no sentido de serem favoráveis ao reconhecimento destas uniões.

Assim, através do ministro Celso de Mello Supremo Tribunal Federal acenou para que a questão se dirija ao Direito de Família; ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300 - Distrito Federal, em 03/02/2006, o ministro afirmou que a união homossexual deve ser reconhecida como uma entidade familiar e não apenas como "sociedade de fato".

---

<sup>277</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.026.981-RJ, 4ª T.Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010.

Vale destacar o teor da ADI 3300<sup>278</sup>

[...] o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (...): 'A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. [...]'. (ADI 3300, Tribunal Pleno do STF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 03/02/2006). (grifo nosso).

Cabe destacar ainda que a procuradora-geral da República, Deborah Duprat, ajuizou no dia 02 de julho de 2009, no Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 178) com o propósito de levar a Suprema Corte brasileira a declarar que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

---

<sup>278</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300, Tribunal Pleno do STF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 03/02/2006

Pede, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis sejam estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Além disso, a discussão sobre o reconhecimento ou não dos direitos previdenciários para parceiros do mesmo sexo que vivem uma união homoafetiva também pode estar na pauta do STF. A questão será analisada na ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em março de 2008. O governador fluminense pede que o Supremo aplique o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis em todo o país. Sérgio Cabral sustenta que os casais homossexuais devem ter os mesmos direitos que os casais heterossexuais em relação a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro. Tais dispositivos tratam de concessão de licença, previdência e assistência (incisos II e V do artigo 19 e artigo 33 do Decreto-Lei 220/75).

Em Junho de 2008 o Advogado-Geral da União deu o seguinte parecer a respeito da questão<sup>279</sup>.

Pelo exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pelo conhecimento parcial da presente arguição de preceito fundamental, nos termos da fundamentação mencionada, bem como para que, na parte em que conhecida, seja o pedido julgado procedente para que, sem pronúncia de nulidade e com interpretação conforme a Constituição, o art. 19, II e V, do Decreto-Lei nº 220/75, editado pelo Estado do Rio de Janeiro, contemple, nos conceitos de cônjuge e de família, os companheiros de uniões homoafetivas, bem como seja declarada a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário, por flagrante violação de preceitos fundamentais.

Vê-se, dessa forma, que a luta por um País no qual haja lugar para a coexistência digna de todos e todas não é travada apenas em face dos Tribunais. Mas, é uma luta contra todo tipo de fundamentalismo religioso, dogmatismo e intolerância. Além disso, o princípio da pluralidade das entidades familiares implica a superação do monismo que reconhecia no casamento a única fonte da família merecedora da tutela estatal, mesmo porque os princípios fundamentais não ganham força pela sua simples enunciação no texto constitucional. Adquirem

---

<sup>279</sup> ASSOCIAÇÃO Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/relleismun.htm>>. Acesso em 25 jun.2010.

densidade normativa à medida, e tão-somente à medida, que são incorporados pelo discurso operativo daqueles que detém o poder, especialmente o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. A democracia somente mostrará sua vitalidade quando nenhum ser humano for discriminado em razão de sua origem social ou étnica, em razão de sua orientação sexual, da cor de sua pele, de sua idade ou de qualquer outra característica que o distinga dos demais.

## CONCLUSÃO

Uma das metas do estudo é desfazer idéias equivocadas que se espalham e perpetuam sem que nenhum conhecimento científico as sustente. Mesmo sem responder a todas as questões que fazem parte de uma determinada indagação, o que não é sua finalidade, a pesquisa colabora, dentro do seu limite, para o aumento do conhecimento sobre a questão formulada.

Este foi o objetivo ao buscar saber o que já se conhece sobre os movimentos homossexuais, através de seus atores, categorias, pleitos e reivindicações, bem como as decisões e legislações ora existentes.

Ao longo deste trabalho, estudou-se a evolução histórica dos movimentos homossexuais no Brasil e no estrangeiro, tendo em vista que o movimento homossexual brasileiro, assim como o global, estão calcados fundamentalmente na defesa do reconhecimento da identidade.

Num segundo momento analisou-se os princípios constitucionais sob o paradigma do Estado Democrático de Direito visto serem os principais vetores para o reconhecimento dos direitos homossexuais. Assim, buscou-se, com enfoque nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, afetividade e pluralidade de formas de família demonstrar que algumas decisões proferidas já estão sendo favoráveis aos homossexuais com a equiparação, através do uso analógico, a equiparação à União Estável.

Após procurou-se compreender através da análise de jurisprudências do Estado do Rio Grande do Sul, bem como dos Tribunais Superiores, os direitos já reconhecidos, bem como as conquistas através das Leis Estaduais e Municipais.

Assim, após análise do material pesquisado torna-se possível a sustentação de algumas conclusões:

Primeiramente, a partir das interpretações de Green e Silva verifica-se que o movimento homossexual inicia-se no final dos anos 60 início dos anos 70, sendo na sua grande maioria militantes de esquerda. O grande marco foi a criação do Jornal

Lampião da Esquina, principal veículo de comunicação da comunidade homossexual, no ano de 1978. Seu projeto inicialmente buscava fazer o homossexual identificar-se como tal, gostar de si mesmo, verificar a possibilidade de respirar o ar novo fora do armário. Havia, entretanto, muita resistência em alinhar-se às lutas consideradas maiores, como a luta contra a ditadura e a luta de classes. Assim, movimentos feministas, negros e homossexuais eram vistos como divisionistas e inconvenientes pelos militantes dos partidos de esquerda e sindicatos, que viam na luta de classes e no proletariado a única possibilidade de conquistar um mundo melhor. Esse dilema foi tão brutal que provocou discordância entre os editores do jornal Lampião de Esquina e, ainda, uma profunda cisão no grupo Somos, de São Paulo. Essa crise repercutiu no movimento homossexual, que viu seus líderes esmorecerem. A maioria dos grupos desagregou-se.

Um segundo momento, no qual o movimento ainda permanece, verificou-se ter sido marcado pela incidência da AIDS entre os homossexuais. No surgimento da doença, pouco se sabia a seu (esse) respeito, e suas vítimas eram, sobretudo, homossexuais, usuários de drogas injetáveis, prostitutas e, em menor escala, hemofílicos e pessoas que haviam recebido transfusão de sangue contaminado pelo vírus HIV. Em virtude do grande número de homossexuais que contraíram a doença, ela passou a ser chamada de peste gay, e os homossexuais eram associados com promiscuidade, com vida desregrada, imoral.

No terceiro momento, o movimento busca o reconhecimento político, social e jurídico da homossexualidade e se posiciona para reivindicar o acesso irrestrito aos direitos componentes da cidadania. O movimento homossexual tomou proporções maiores e, atualmente, o movimento propõe construir o sujeito coletivo homossexual. A sua ação mais bem-sucedida para o alcance desse objetivo consiste na promoção de paradas do orgulho gay, que acontecem em todos os estados brasileiros. Como resultado dessas ações, a homossexualidade passou a ser abertamente tratada nos meios de comunicação e pode-se afirmar que a homossexualidade desfila rumo à praça da apoteose, tantos são os fatos e as incidências que o fenômeno ganha nestes dias, em novelas, reportagens, no cinema, em livros.

As conquistas ocorridas nessa terceira fase do movimento são inúmeras e se traduzem em várias leis estaduais e municipais que, além de coibir genericamente a discriminação por orientação sexual, ainda prevêem penalidades a serem aplicadas

ao autor da discriminação. Apesar de o Congresso Nacional ainda não ter aprovado nenhum projeto de lei ou proposta de emenda constitucional que contribua expressamente para os direitos de homossexuais, não se pode esquecer que tramitam naquela casa proposições favoráveis a eles.

Os opositores do movimento homossexual sustentam sua posição basicamente em argumentos religiosos. Mesmo argumentos que aparentemente se fundamentam apenas na moral e bons costumes da família brasileira proclamam que existe apenas uma família brasileira – aquela formada por um casal que contraiu matrimônio sob as bênçãos de uma igreja cristã, que teve relações sexuais somente após o casamento e para fins de procriação. Trata-se de um modelo de família em extinção, mas ao qual se apegam desesperadamente alguns líderes religiosos cristãos, que garantem a sua posição mediante a repressão à sexualidade, aos impulsos, à busca pela liberdade.

Dessa forma, conclui-se que as questões relativas à homossexualidade estiveram soterradas pelo preconceito e pelo temor em passado recente, porém o panorama se alterou na última década, tendo concausas, a mudança comportamental, a soberania da subjetividade, a transformação dos paradigmas culturais e, precipuamente, o fortalecimento dos movimentos de entidades que lutavam pelos direitos civis, tanto que hoje são freqüentes os pleitos judiciais, a realização de seminários, simpósios e cursos, monografias universitárias, teses e dissertações, além de um número expressivo de literatura sobre o homoerotismo.

A história revela ainda que os homossexuais foram perseguidos durante séculos como verdadeiros párias, sodomitas, pederastas, portadores de anomalias e taras, sendo o fenômeno considerado, sucessivamente, como inversão, perversão, sintoma derivado de circunstâncias psicossociais, desajustados, desvio adquirido do impulso sexual. Assim, durante muito tempo, os homossexuais preferiram o isolamento, as comunidades alternativas, os guetos, cumprindo atitudes que intentavam o escândalo, o desprezo pelos costumes e pelas regras da convivência, sendo a família contestada, rejeitada e amaldiçoada como instituição e molde.

Contudo, no âmbito das decisões judiciais, o Rio Grande do Sul foi precursor: assim a justiça federal concedeu direitos previdenciários e o Tribunal de Justiça estabeleceu a competência das varas de família para dirimir as controvérsias entre parceiros do mesmo sexo, como nos dissídios sobre legados e testamentos, partilha de bens, etc. Outro destaque importante e que merece destaque foi a recente

decisão do STJ ao decidir favoravelmente a adoção proveniente de uma relação homoafetiva existente entre duas lésbicas moradoras de Rio Grande, RS.

Sem falar, que o atual estágio cultural que a sociedade brasileira vive, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pois a norma do art. 226 da Constituição é de inclusão diferentemente das normas de exclusão das Constituições anteriores a 1988, abrigando generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A explicitação do casamento, da união estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência brasileira tenta preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição. Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.

Evidentemente, que não se teve com este trabalho, a pretensão de esgotar o tema, pois outras questões envolvendo as pessoas do mesmo sexo ainda carecem de maiores discussões, mas já se percebe um avanço contra à discriminação, diferença e à diversidade cultural. Basta a promoção de ações afirmativas, respeito às leis, aos direitos humanos e fundamentais, com vistas a combater o preconceito, fazendo que, independentemente das diferenças, todos convivam de forma “normal” e harmoniosa.

O fato de a maioria intolerante e tirânica não compreende e reconhecer os direitos dos homossexuais, não quer dizer que estes não possam ser garantidos através do Poder Judiciário, pois, parafraseando as palavras do ministro Luis Felipe Salomão “toda construção do direito de família foi pretoriana” e, dessa forma ela revela a consciência do caráter contramajoritário e contra-moral, isto é, ético, do poder judiciário, na evolução do direito de família, naturalmente sob pressão dos grupos interessados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

ANDRADE. Carlos Drummond de. **A Paixão Medida**, 4ª ed., 1983.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARENHART, Livio Osvaldo. Os Direitos dos Homossexuais numa Perspectiva Intercultural, Ética e Jurídica. In: TEDESCHI, Losandro; RAMOS, Antônio Dari; KNAPP, Cássio; FERREIRA, Bruno (Org.s). **Abordagens Interculturais**. Santo Ângelo: Núcleo de Assessoria e Estudos Interculturais / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santo Ângelo / Porto Alegre: Martins Livreiro-Editor, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRAVESTIS. Disponível em: [http://www.abglgt.org.br/port/inter\\_cv.php](http://www.abglgt.org.br/port/inter_cv.php). Acesso: 25.jun.2010.

AZEVEDO. Álvaro Villaça de. **Pronunciamento na qualidade de depoente convidado na audiência pública sobre o novo Código Civil**, Brasília, set. 2000

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Prefácio de Edgard Batista Pereira. Rio de Janeiro: Edições Ouro, 19-. Direitos cedidos pela Casa de Rui Barbosa

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

BOBBIO. Norberto. Liberdade dos Antigos e Modernos. A Democracia e a Igualdade. In *Liberalismo e Democracia Brasileira*. São Paulo, 1998

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.026.981-RJ, 4ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. – Disponível em:  
<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 395904-RS, 6ª TURMA. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – Disponível em:  
<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820475-RJ, 4ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em:  
<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 148897 / MG T4 - QUARTA TURMA. Rel. Ministro Rosado de Aguiar. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=148897&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Ordinária nº 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG. Cartório da 7ª Câmara Cível. Relator: Heloisa Combat. Disponível em:  
<[http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_complemento2.jsp?listaProcessos=10024069303246001](http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024069303246001)>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em:  
<<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70006844153, Oitava Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 001.04634, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 24 de abril de 2007. Disponível em:  
<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>

NOTA 246- BRASIL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003. disponível em:  
<<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3300. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Site é do STF – Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**, São Paulo: LTR, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:  
<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/557621.pdf>. Acesso em 25.jun.2010.

CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 7ª e. Ed. Livraria Almedina, Coimbra - Portugal. 2003.

CASTRO, Adriana Mendes de Oliveira de. [et al.] **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CONDE, Michele Cunha Franco. **O Movimento Homossexual Brasileiro, sua trajetória e seu papel na ampliação do exercício da cidadania**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal de Goiás, defendida e aprovada em 27 de agosto de 2004.

CRONOLOGIA do movimento gay, uma trajetória contra o preconceito. Disponível em < <http://www.estoufelizassim.com.br/parada.html>>.

CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã: diálogo**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Sociedade de Afeto. Um nome para a Família. **Revista brasileira de Direito de Família**, nº 22, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**. 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos Jurídicos da União entre Pessoas do Mesmo Sexo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 732, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos de 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FERRARI, Anderson. **Revisando o passado e construindo o presente: o movimento gay como espaço educativo**. *Rev. Bras. Educ.* [online]. 2004, n.25, pp. 105-115. ISSN 1413-2478.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade humana**. Vol. I, Rio de Janeiro: Graal, 1977.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento?** Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p.246-282.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização. Redistribuição, reconhecimento e participação. In CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS. **Colóquio “Globalização: Fatalidade ou Utopia?”** – Conferência de Abertura. Coimbra, 22-23 fev. 2002.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Editora UNESP, 1993.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

GOMES, Renata Raupp. **A Construção do novo paradigma jurídico familiar na ordem constitucional de 1988**. Dissertação de Mestrado. (Centro de Pós-Graduação em Direito). Florianópolis: UFSC, 1996.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro. Renovar. 200.

GREEN, James Naylor. **“Mais amor e mais tesão”**: a construção de um movimento brasileiro de gays , lésbicas e travestis. Caderno Pagu, n.15, 2000.

GREEN, James Naylor. **Além do Carnaval**. A homossexualidade masculina no Brasil no século XX. Trad. Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Factidad y validez**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HAHN, Noli Bernardo. **Violência: construção cultural**. Direitos Culturais – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo. - VI – n 2, Junho 2007.

HELIMIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. In SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (org). II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2003.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Clarte, 2002.

LACAN, J. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987

LÉVI-STRAUSS, CLAUDE. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1976.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização nas Relações de Família. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.24, v.6, Jun./Jul., 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: SOUZA, Francisco Loyola de. et al. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. et al. **Em defesa dos DIREITOS SEXUAIS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. Sur, **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: vol.2 n.2, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MELLO, Luiz. **Familismo (anti) homossexual e regulação da cidadania no Brasil**. Estudos Feministas, Florianópolis, maio-agosto/2006.

MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, vol. IV

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 11ª Edição. Editora Atlas. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

MOTT, Luiz R. B. **O sexo Proibido: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição**. Campinas. Papirus, 1998.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Tese de Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – UFPR**, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. In: **Revista Ajuris**, n 42, 1988.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In **Revista Veja** 25 anos: reflexos para o futuro, São Paulo, abril, 1993.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO *on line*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br>> Acesso em: 26 jun.2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

RIOS, Raquel. Vida livre: A liberdade e a convivência social. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Liris Terezinha Lunkes Moreira. **Os princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade nas relações homossexuais: de uma posição monocultural para uma posição intercultural**. Dissertação de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Edição rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). **Igualdade, Diferença e Direitos humanos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org). Stuart Hall, Kathryn Woodward, 7ª edição, Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de Souza. **Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF – Homossexualidade. 1ª edição (ano 2001), 6ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. In: TAYLOR, CHARLES Multiculturalismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p.45 a 94.

TONI, Claudia Thomé. **Manual de direitos homossexuais**. São Paulo: SRS Editora, 2008

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos? iguais e diferentes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso** – A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

URUGUAI reconhece união homossexual. **Zero Hora**. Porto Alegre. 20 dez. 2007

ZAMBRONO, Elizabeth. Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade. Ivone Maria Candido Coelho de Souza (org). **II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família**, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007.

## **ANEXOS**

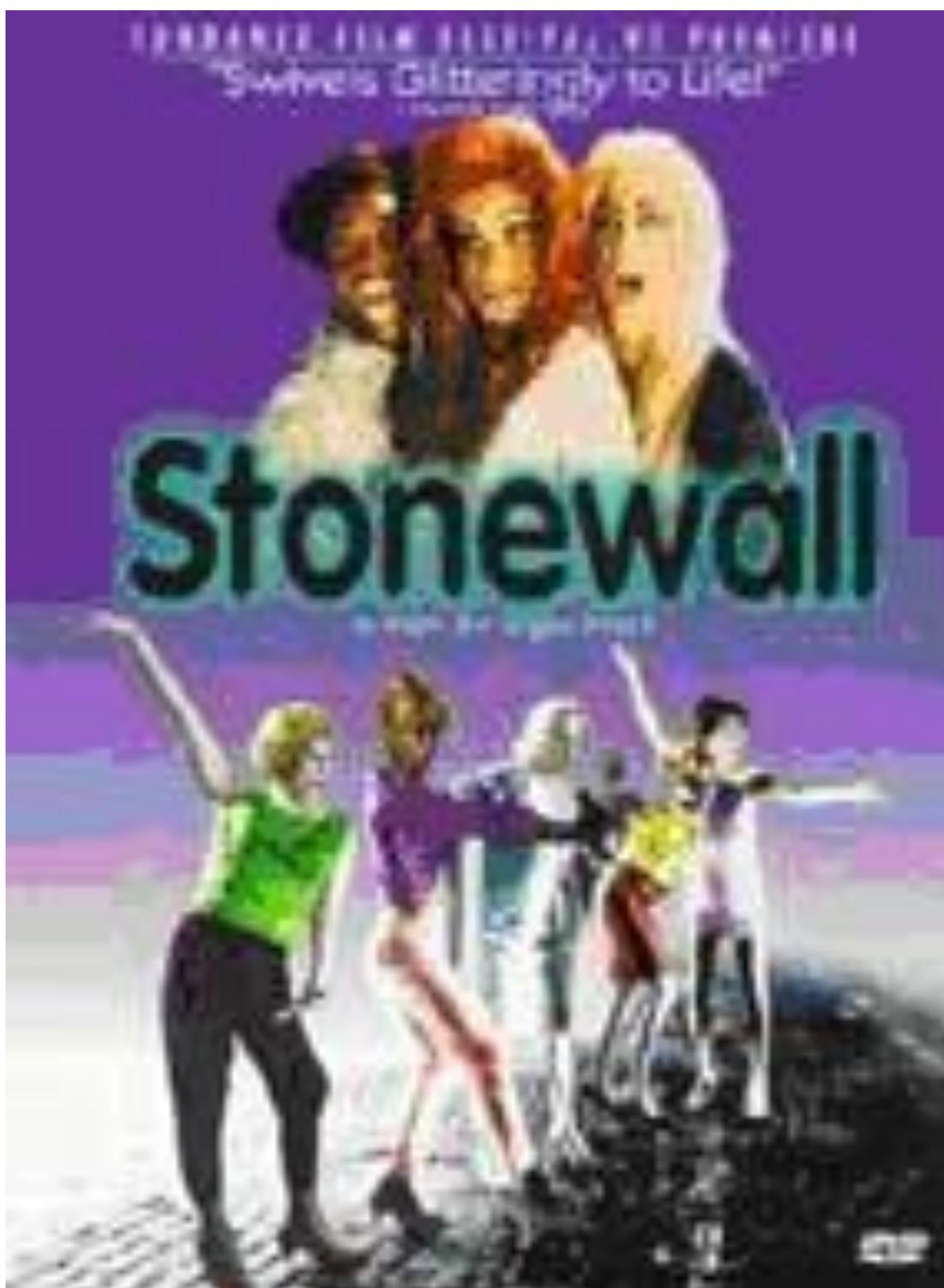
## ANEXO A

Capa do jornal *Lampião da Esquina* de julho de 1979 que ilustra a interlocução entre o movimento homossexual e o movimento operário e sindical.



## ANEXO B

**Cartaz do filme britânico Stonewall (1996), dirigido por Nigel Finch, que narra os acontecimentos ocorridos durante a “Revolução de Stonewall”.**



## ANEXO C

### Objetivos da associação da ABGLT

- Ser um instrumento de expressão da luta pela conquista dos direitos humanos plenos das pessoas, independente de sua orientação afetivo-sexual, doravante aqui denominados lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), e contra quaisquer formas de discriminação a todos acima citados, sejam elas jurídicas, sociais, políticas, religiosas, culturais ou econômicas.
- Promover campanhas gerais e/ou informativas procurando ser um instrumento de expressão, em nível nacional e internacional, das diretrizes políticas propostas por seus membros, que busquem a obtenção de todos os direitos para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais;
- Maximizar a eficácia de entidades de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais através da coordenação de ações políticas no Brasil;
- Promover a união de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil, através de coordenação de ações políticas no âmbito nacional e internacional;
- Promover cursos, seminários, fóruns de debates e encontros que atendam às necessidades de aprofundamento dos temas relevantes à realidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil;
- Estimular e promover o intercâmbio de informação e cooperação entre grupos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, mesmo não afiliados, objetivando a emancipação LGBT, bem como outros movimentos que apoiem essa luta no Brasil e no Exterior;
- Defender os interesses comuns de seus membros e representar seus associados sempre que necessário;
- Apoiar a criação e o desenvolvimento de entidades de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil, promovendo iniciativas que visem o alcance da cidadania plena para estes grupos e o fim de qualquer discriminação por orientação sexual e/ou identidade de gênero;
- Servir de ponto de referência em casos de discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais ou de violação dos direitos humanos dos mesmos, fornecendo, dentro do possível, apoio jurídico e logístico;
- Reivindicar, protestar e usar todos os meios legais para reprimir qualquer forma de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, visando inclusive o direito de resposta por todos os meios de comunicação disponíveis;
- Assessorar os associados na elaboração de todos os tipos de projetos que promovam os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, sua saúde física e psicológica entre outros;
- Promover e apoiar ações no combate a epidemias de HIV/AIDS, Hepatite B e C, Tuberculose, HPV, trabalhando a saúde integral em todos os seus aspectos de especificidades de gênero, raça/etnia, numa perspectiva de redução de danos;
- Colocar-se ao lado de todas as entidades e organizações populares e movimentos que almejam transformar a vida das pessoas, fazendo-as mais livres e dignas. Estar ao lado dos chamados setores oprimidos e de todos os grupos vítimas da opressão generalizada ou específica;
- Divulgar para a sociedade as finalidades, objetivos, promoções e realizações da ABGLT.

